

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

LE
DROIT DE RÉTENTION

(EN DROIT ALLEMAND ET EN DROIT FRANÇAIS)

ÉTUDE DE LÉGISLATION COMPARÉE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux, le Jeudi 19 Décembre 1907, à 2 h. 1/2 du soir

PAR

Arthur BRACQ

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE LILLE

BORDEAUX

Y. CADORET, IMPRIMEUR DE L'UNIVERSITÉ

17, RUE POQUELIN-MOLIÈRE, 17

1907



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

LE

DROIT DE RÉTENTION

(EN DROIT ALLEMAND ET EN DROIT FRANÇAIS)

ÉTUDE DE LÉGISLATION COMPARÉE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux, le Jeudi 19 Décembre 1907, à 2 h. 1/2 du soir

PAR



Arthur BRACQ

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE LILLE

BORDEAUX

Y. CADORET, IMPRIMEUR DE L'UNIVERSITÉ

17, RUE POQUELIN-MOLIÈRE, 17

—
1907

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

DOYEN ET PROFESSEUR HONORAIRE : M. BAUDRY-LACANTINERIE, ✱, § I.

PROFESSEURS HONORAIRES { MM. SAIGNAT, ✱, § I.
BARCKHAUSEN, O. ✱, § I., membre corres-
pondant de l'Institut.

MM. MONNIER, ✱, § I., *Doyen*, professeur de *Droit romain*, chargé d'un cours complémentaire d'*Histoire du droit public français* (Doctorat).

DE LOYNES, § I., professeur de *Droit civil*.

VIGNEAUX, § I., professeur d'*Histoire du droit*.

LE COQ, ✱, § I., professeur de *Procédure civile*.

LEVILLAIN, § I., professeur de *Droit commercial*.

MARANDOUT, § I., professeur de *Droit criminel*.

DUGUIT, § I., assesseur du Doyen, professeur de *Droit constitutionnel et administratif*, chargé d'un cours complémentaire de *Principes du droit public et droit constitutionnel comparé* (Doctorat ès sciences politiques et économiques), et d'un cours de *Droit public* (Licence).

DE BOECK, § I., professeur de *Droit international public*, chargé d'un cours complémentaire d'*Histoire des doctrines économiques* (Doctorat), et d'un cours de *Droit international privé* (Licence).

DIDIER, § I., professeur de *Droit maritime* et de *Législation industrielle*, chargé d'un cours complémentaire de *Droit commercial approfondi et comparé* (Doctorat).

CHÉNEAUX, § I., professeur de *Droit civil*, chargé d'un cours complémentaire de *Droit civil approfondi* (Doctorat).

SAUVAIRE-JOURDAN, § A., professeur d'*Economie politique et Science financière*, chargé d'un cours complémentaire d'*Economie politique* (Licence).

BENZACAR, § A., professeur d'*Economie politique*, chargé d'un cours complémentaire de *Législation et économie coloniales* (Doctorat), et d'un cours de *Législation française des finances et Science financière* (Doctorat).

FERRON, § A., professeur de *Droit civil*, chargé d'un cours complémentaire de *Droit civil comparé* (Doctorat), et d'un cours d'*Eléments du Droit civil* (Capacité).

BARDE, § I., professeur de *Droit administratif*, chargé d'un cours complémentaire d'*Eléments du Droit public et Droit administratif* (Capacité).

FERRADOU, § A., professeur de *Droit romain*, chargé d'un cours complémentaire d'*Histoire du Droit français* (Doctorat).

MM. BENOIST, § I., *Secrétaire*.

PLATON, § I., ancien élève de l'Ecole des Hautes Études, *sous-bibliothécaire*.

LALANNE, §, *commis au secrétariat*.

COMMISSION DE LA THÈSE

MM. FERRON, professeur *Président*.

DE LOYNES, professeur }
FERRADOU, professeur } *Suffragants*

LE

DROIT DE RÉTENTION

(EN DROIT ALLEMAND ET EN DROIT FRANÇAIS)

ÉTUDE DE LÉGISLATION COMPARÉE

INTRODUCTION

1. Le législateur français n'a songé nulle part à définir ni à réglementer de façon générale le droit de rétention. Il a procédé, au contraire, par voie de dispositions particulières, de sorte que s'est immédiatement posée aux interprètes la question de savoir si un principe général gouvernait les solutions d'espèce et si ce principe pouvait être étendu au delà des limites légales toutes les fois que l'exigerait l'équité.

2. Sans doute, certains auteurs ont pu prétendre que le droit de rétention ne pouvait être invoqué que par ceux à qui il est accordé en vertu d'une disposition formelle de la loi. Il

est un droit réel, disait-on, il confère au créancier qui s'en prévaut un véritable privilège, il constitue une cause de préférence, donc il ne peut exister sans texte.

Cette solution, d'abord soutenue par Merlin, puis vigoureusement reprise par Laurent ⁽¹⁾, est aujourd'hui presque complètement abandonnée malgré son extrême simplicité. On a fait remarquer que le droit de rétention n'est pas un droit réel parce que si l'on peut le faire valoir sous la forme d'une exception, on ne peut l'exercer par voie d'action. Il consiste simplement « dans la faculté attribuée au détenteur d'une chose à l'encontre de tous de la retenir jusqu'à ce qu'il soit intégralement payé de ce qui lui est dû » ⁽²⁾. Il n'est pas davantage un privilège, car s'il crée une certaine inégalité entre créanciers, cette inégalité cesse dès que le rétenteur a abandonné la possession de l'objet retenu ⁽³⁾. Dès lors le droit de rétention n'étant ni un droit réel, ni un privilège, rien n'empêchait de l'admettre en dehors des cas prévus par la loi.

3. Au fond, les adversaires de Laurent essayaient de donner une forme juridique acceptable à un sentiment intime qu'inspirait l'équité. Mais comme le droit de rétention, manière de sûreté qui garantit au créancier l'exécution d'une obligation, constitue pour ce créancier une sorte de droit de préférence, on ne voulait en autoriser l'existence que dans des hypothèses absolument analogues à celles qui sont prévues dans les textes. Il fallait donc rechercher le principe qui a guidé le législateur et dont les dispositions éparses dans nos lois ne seraient que des manifestations apparentes.

(1) Merlin, *Répert.*, v^o *Priv. de cr.*, sect. IV, § 5 (xiii); Laurent, XXIX, n. 284.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nant., des priv. et hyp.*, 3^e édit., I, n. 228.

(3) V. sur tous ces points Nicolas, Th., p. 177 et 178.

4. D'après MM. Aubry et Rau, à l'opinion desquels se rallie M. de Loynes ⁽¹⁾, « il suffit, pour justifier l'extension par analogie du droit de rétention, comme aussi, d'un autre côté, il est nécessaire pour l'autoriser, que la détention se rattache à une convention ou tout au moins à un quasi-contrat, et que la dette, connexe à la chose détenue, ait pris naissance à l'occasion de cette convention ou de ce quasi-contrat ».

5. Pour d'autres auteurs, et ce sont les plus nombreux ⁽²⁾, le droit de rétention existe à la seule condition qu'il y ait connexité entre la chose retenue et la créance du rétenteur, « et cela qu'il existe ou non entre les parties un lien dérivant d'un contrat ou d'un quasi-contrat ».

6. Cette divergence d'opinions a fait naître beaucoup de discussions et suscité de nombreuses difficultés.

7. Mais aujourd'hui l'étude des Pandectistes allemands et surtout du code de 1896 a fait apercevoir que toutes les discussions viennent « de ce que l'on n'a pas distingué dans les textes deux hypothèses nettement séparées et qu'on a cherché à donner une solution unique à un problème qui en réalité est double » ⁽³⁾.

Ouvrons en effet le code civil allemand à l'article 273, nous y voyons parfaitement distinguées deux hypothèses fondamentales de rétention. Ce droit existe : 1° si en vertu du même rapport juridique qui sert de fondement à son obligation, le débiteur a contre le créancier une prétention qui soit échue; 2° si celui qui est obligé de restituer un objet peut faire valoir une créance exigible à raison de dépenses faites

(1) Aubry et Rau, 5^e édit., III, p. 189, § 256 *bis*; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n. 234 et suiv.

(2) Not. Tarrible, *Rép. de Merlin*, v^o *Priv. de cr.*, sect. IV, § 5, n. 2; Toullier, III, n. 130; Troplong, I, n. 258; Glasson, *Th.*, p. 51, 110; Nicolas, n. 171; Colmet de Santerre, IX, 5 *bis* (v); Guillouard, *Rét.*, n. 51.

(3) Ferron, note dans S., 01. 1. 193, col. 2.

à l'occasion de cet objet ou d'un dommage que ce dernier lui a causé.

La première catégorie comprend à la fois les contrats synallagmatiques et les contrats unilatéraux ou quasi-contrats engendrant par des événements postérieurs des obligations réciproques ; la deuxième englobe les cas où une action réelle est formée contre un détenteur qui a droit au remboursement d'une créance née à son profit à l'occasion de la chose.

Dans l'une et l'autre hypothèses, l'une des parties en cause a le droit de refuser d'exécuter l'obligation qui lui incombe si son adversaire n'a pas déjà exécuté ou n'offre pas d'exécuter l'obligation mise à sa charge. La base du droit de rétention est toujours dans l'équité, mais il suffit d'une seule condition pour qu'un créancier puisse invoquer ce droit, et selon les cas, ce sera tantôt l'une tantôt l'autre des deux conditions dont MM. Aubry et Rau exigent en toutes circonstances la présence simultanée : union intime, connexité entre la créance et la chose réclamée (ce que les interprètes ont appelé un *debitum cum re junctum*), ou bien commune origine (contrat ou quasi-contrat) des deux obligations qui se font face.

8. Cette division bipartite du droit de rétention, faite par le code allemand, a été adoptée par la majorité des auteurs français modernes ⁽¹⁾, et nous n'hésitons pas à l'admettre pour ce qui nous concerne. Car non seulement elle satisfait le désir intime d'équité qu'éprouve chacun de nous, en permettant d'étendre le droit de rétention à des hypothèses que le législateur n'a pas prévues, mais encore elle s'adapte aux

(1) Saleilles, *Obl.*, 2^e édit., n. 171, p. 187 et 188; Du refus de paiement pour inexéc. du cont., dans les *Ann. dr. com.*, 1893, n. 92; Planiol, II, n. 2516, 2525; Charmont, *Rev. crit. de lég. et de jur.*, 1899, p. 68; Ferron, note préc.; Guénée, *Note dans D.*, 04. 1. 601.

solutions empiriques du code le plus parfaitement qu'il est possible ⁽¹⁾.

9. Sans doute, on a pu dire, pour détruire le fondement même de notre théorie, que la notion de connexité est difficile à préciser. Windscheid notamment considérait cette notion comme peu satisfaisante ⁽²⁾.

Cependant les rédacteurs des motifs du premier projet de code civil allemand ne se sont pas laissés influencer, contrairement à leur habitude, par les critiques du grand romainiste et ils déclarent vouloir conserver le criterium de la connexité ⁽³⁾.

Il faut donc en conclure que le législateur moderne, qui, pour des raisons diverses, redoute l'arbitraire du juge, n'ose confier aux tribunaux le soin d'accorder ou de refuser le droit de rétention dans chaque hypothèse particulière, et qu'il a considéré dès lors la connexité comme le critérium à la fois le plus large, le plus souple et le plus précis pour s'adapter aux phénomènes complexes de la vie juridique et restreindre en même temps le plus rigoureusement possible la libre appréciation du magistrat.

10. La théorie que nous adoptons donne à cette connexité la forme la plus juridique en distinguant deux catégories dans le droit de rétention.

A. C'est en effet dans les contrats synallagmatiques que la connexité est le mieux caractérisée. Les obligations issues de

(1) Sans doute, certaines hypothèses particulières, comme celle que prévoit l'article 2082, al. 2, C. civ., ne rentrent pas dans notre classification bipartite. Mais c'est que le législateur statue parfois de façon tout à fait arbitraire sous l'influence de la tradition ou des besoins pratiques.

(2) Windscheid, *Pand.*, § 351, note 9, II, p. 499.

(3) Motive..., sur l'art. 233, II, p. 41. Le législateur allemand lui-même avait pourtant déjà très libéralement admis le droit de rétention en matière commerciale (art. 313 C. com. anc., art. 369 *act.*).

ces contrats sont nées au même moment, réciproques, intimement liées : il est tout naturel qu'à moins de convention expresse contraire l'une ne soit pas exécutée sans l'autre. Le droit de rétention, dans cette hypothèse particulière, porte en Allemagne le nom d'*Exceptio non adimpleti contractus*.

En matière de contrats imparfaitement synallagmatiques, où les obligations réciproques ne naissent pas en même temps et peuvent même ne pas naître à la charge de l'une des parties, cette connexité des deux obligations est sans doute moins étroite, car elle est entrée avec moins de certitude dans les prévisions des parties. Cependant, ici encore, l'on peut dire qu'il y a eu, dans une certaine mesure, rencontre de la volonté des deux parties en cause : il y a tout lieu de présumer en effet qu'elles se sont implicitement engagées, en contractant, à exécuter simultanément toutes les obligations réciproques que pourrait engendrer par la suite le contrat intervenu entre elles.

Aussi, à cause de leur similitude, comprenons-nous dans une seule et même catégorie les deux hypothèses contractuelles fondamentales du droit de rétention.

B. En matière d'action réelle, au contraire, aucun fait juridique volontaire n'a jamais mis en présence le revendiquant et le rétenteur. C'est simplement pour éviter que l'une des parties ne s'enrichisse sans cause au détriment de l'autre que l'on autorise cette dernière à mettre en œuvre le droit de rétention. Dans cette hypothèse il y a bien encore connexité, puisqu'on exige l'union intime de la créance et de la chose réclamée. Mais cette connexité est d'autre sorte que celle qui conditionne l'exercice du droit de rétention en matière contractuelle, elle lie moins étroitement, si l'on veut, les deux obligations qui se font face, parce qu'elle ne peut trouver sa base dans l'intention probable des parties. Il nous paraît

donc rationnel de faire rentrer dans une catégorie à part toutes les hypothèses où le droit de rétention peut paralyser l'exercice d'une action réelle.

11. Dès lors, le but de notre étude est bien déterminé.

12. La première partie sera consacrée à la première catégorie que nous avons envisagée, c'est à-dire aux hypothèses contractuelles du droit de rétention. Certains auteurs ⁽¹⁾ désignent génériquement cette catégorie du vocable *Exceptio non adimpleti contractus*. Nous ferons remarquer que cette expression, née de l'exégèse allemande, est exclusivement consacrée en Allemagne au refus de paiement pour inexécution d'un contrat synallagmatique. Peut-être serait-il préférable de lui garder son sens exact. Pour plus de commodité, nous désignerons du mot « exception de refus de paiement ⁽²⁾ » pour défaut d'exécution simultanée » ou plus brièvement « exception de refus de paiement », le refus de la prestation fondé sur l'existence d'un lien entre les deux obligations réciproques, que ces obligations proviennent d'un contrat ou d'un quasi-contrat.

13. Dans une deuxième partie nous étudierons le droit de rétention opposé à une action réelle.

14. Nous nous efforcerons de montrer que toutes les fois qu'il y aura connexité entre deux créances, ou entre une chose et une créance, l'exercice du droit de rétention par l'une des parties sera pleinement justifié et que, dans tous les cas, le but poursuivi sera d'aboutir à l'exécution simultanée des deux obligations qui se font face.

15. Mais comme c'est dans la législation allemande que

⁽¹⁾ Not. Planiol, II, n. 2520, 2521-1^o, b (cf. cep. n. 949-2^o); Charmont, *loc. cit.*, p. 68.

⁽²⁾ Nous donnons ici au mot paiement le sens qu'il a dans la langue du droit, c'est-à-dire l'exécution effective de l'obligation, quel que soit l'objet de cette obligation.

nous avons puisé cette notion plus précise du droit de rétention, nous ferons, dans chacune des parties respectives de notre étude, précéder l'examen du droit français d'un exposé du droit allemand.

Et notamment dans la partie réservée à l'exception de refus de paiement pour défaut d'exécution simultanée, nous consacrerons plusieurs chapitres à l'étude des diverses questions que soulève l'*Exceptio non adimpleti contractus*, telle que l'ont connue les Pandectistes allemands antérieurement au code de 1896. L'intérêt de cette étude n'est pas purement historique, car c'est la théorie dominante en Allemagne, au moment de la codification, qui a pénétré dans le droit positif par l'intermédiaire de Windscheid.

PREMIÈRE PARTIE

L'exception de refus de paiement.

TITRE PREMIER

LES THÉORIES ALLEMANDES RELATIVES A L'*EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

16. Sous le présent titre, nous allons étudier les théories des Pandectistes allemands relatives à l'*Exceptio non adimpleti contractus*, c'est-à-dire au droit que possède l'une des parties à un contrat synallagmatique de refuser l'exécution de l'obligation que ce contrat lui impose, si son adversaire n'a pas déjà exécuté ou n'offre pas d'exécuter celle que le même contrat a mise à sa charge.

Nous nous demanderons également si l'une des parties en cause, élevant simplement une fin de non recevoir tirée du vice du paiement effectué par l'autre partie, peut retenir la prestation qui lui incombe jusqu'à ce que son co-contractant ait réparé le vice ou que celui-ci ait disparu (*Exceptio non rite adimpleti contractus*).

Le premier chapitre du présent titre sera consacré à l'*Exceptio non adimpleti contractus* proprement dite, sans nous préoccuper des vices du paiement.

Dans une première section nous montrerons ce qu'était notre exception en droit romain, et dans une deuxième section ce qu'elle est devenue dans l'exégèse allemande.

Le deuxième chapitre sera exclusivement consacré à l'étude des diverses théories qu'a fait naître en Allemagne le problème de l'*Exceptio non rite adimpleti contractus*.

Dans le troisième chapitre enfin, nous rechercherons, avec l'aide des Pandectistes, quels sont les caractères et comment fonctionne l'*Exceptio non adimpleti contractus* en général.

CHAPITRE PREMIER

L'EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS PROPREMENT DITE

SECTION PREMIÈRE

LE DROIT ROMAIN

17. L'expression *Exceptio non adimpleti contractus* ⁽¹⁾ n'est pas romaine. Les Romains connaissaient bien une *Exceptio mercis non traditæ* (V. par ex. dans l. 5 § 4, D., XLIV, 4), mais nulle part dans les textes on ne trouve la dénomination *Exceptio non adimpleti contractus*.

Le droit canon ne connaissait pas non plus expressément notre exception, bien qu'il en ait posé le principe dans la règle : « Frustra sibi fidem quis postulat ab eo servari, cui fidem a se præstitam servare recusat » ⁽²⁾.

Le nom a été forgé par les commentateurs à qui il a été suggéré par quelques textes. C'est seulement vers la fin du xvii^e siècle, que l'expression est couramment employée et en

(1) Nous emploierons parfois, pour plus de commodité, « exception de refus de paiement » au lieu de *Exceptio non adimpleti contractus* pour désigner le droit de rétention en matière de contrats synallagmatiques. Nous croyons qu'il n'y a pas à cela grand inconvénient puisque, dans notre terminologie, le vocable « exception de refus de paiement » s'applique à une catégorie dont l'*Exceptio non adimpleti contractus* n'est qu'une espèce.

(2) *Sexti Decretal.*, liv. V, tit. XII; *De regulis juris. Regula 75* (édit. Friedberg, Leipzig, 1881).

1690 Stryk écrit : « Famosa illa exceptio, in praxi satis decantata, contractus non impleti » ⁽¹⁾.

18. Si elle n'y était pas expressément nommée, notre exception était-elle du moins connue du droit romain, à quelle époque et sous quelle forme?

19. L'*Exceptio non adimpleti contractus* n'existe, nous le savons, que dans les contrats synallagmatiques; d'un autre côté elle suppose un contrat de bonne foi.

C'est donc en étudiant la formation des contrats consensuels à Rome, et en recherchant à quel moment ces contrats ont donné lieu à des actions de bonne foi, que l'on peut approximativement déterminer la date à laquelle l'*Exceptio non adimpleti contractus* est apparue.

20. L'ancien droit romain ne connaissait que les contrats unilatéraux : la difficulté a été par suite d'expliquer en vertu de quelle évolution on était arrivé à la notion de contrat consensuel.

C'est particulièrement à propos de la vente romaine que ces recherches ont été faites. On s'est demandé comment l'on était passé de la vente primitive au comptant, ignorant l'*exceptio non adimpleti contractus*, à la vente consensuelle, simplement génératrice d'obligations où notre exception fonctionnait à l'état normal.

On voulait également, en remontant aux origines de la vente, expliquer certaines règles singulières auxquelles était soumis ce contrat à l'époque classique, et qui rompaient, au grand dommage de l'acheteur, l'équilibre de position entre les parties contractantes. En effet : 1° malgré la tradition effectuée, le vendeur restait propriétaire tant que le prix ne lui avait pas été payé; 2° le vendeur se trouvait libéré envers

(1) Stryk, *Usus mod. Pand.*, XIX, 1, § 1. D'apr. André, p. 23.

l'acheteur quand il avait livré à ce dernier la *vacua possessio* de la chose ; 3^e dès la conclusion et avant même l'exécution du contrat, les risques incombait à l'acheteur.

21. Malheureusement les origines de la vente consensuelle romaine sont fort obscures. Aussi de nombreuses opinions ont été émises, dont voici les principales.

22. Un système qui a recueilli de nombreuses adhésions ⁽¹⁾ soutient que l'on est passé de la vente au comptant à la vente consensuelle en empruntant la forme du contrat verbal. Acheteur et vendeur s'engageaient à livrer les différentes prestations convenues au moyen de deux stipulations qui auraient fini, lors de la décadence du formalisme, par être sous-entendues et remplacées par le simple accord des volontés, jugé suffisant, des deux parties contractantes.

Il semble bien que ce n'est là qu'une conjecture qui n'explique pas le mécanisme de l'évolution. « On aurait beau ajouter pour rendre compte de la transition, écrit M. Chausse, que les deux obligations ont dû être, à une époque récente, fréquemment soudées l'une à l'autre au moyen de la condition, cela ne résout pas la difficulté » ⁽²⁾.

Le système que nous exposons n'explique d'ailleurs pas non plus les règles exorbitantes du contrat de vente : on se demande pourquoi notamment l'acheteur stipulait seulement la remise matérielle de la chose et non la *datio* ; pourquoi, sauf réserve expresse, le transfert de propriété était subordonné au paiement du prix.

23. D'autres auteurs ⁽³⁾ soutiennent que la vente consensuelle s'est constituée en empruntant directement ses règles

⁽¹⁾ Ihering, *Esp. du Dr. Rom.*, IV, p. 143, p. 195 ; Accarias, *Précis de Droit Romain*, 4^e édit., II, p. 283, note 1 ; Girard, *Man.*, 3^e édit., p. 531 et suiv.

⁽²⁾ Chausse, Singularités de la vente romaine, *Nouv. rev. hist.*, 1899, p. 515.

⁽³⁾ Brinz, *Pand.*, § 280, II, 1^{re} partie (édit., 1879), p. 335 ; Saleilles, *Oblig.*, (2^e édit.), p. 203 et 222 ; Pernice, *Labeo*, I, p. 456 et suiv.

à la mancipation, et qu'elle est restée comme celle-ci translatrice de propriété. C'est l'idée d'un but identique à atteindre, c'est-à-dire réaliser une aliénation, qui, sous l'influence de la pratique, aurait imposé des règles à peu près semblables à la vente-transfert et à la vente-contrat. De nombreux textes viennent corroborer cette opinion : ils semblent bien en effet considérer le contrat de vente comme translatif de propriété, car ils emploient indifféremment les mots *alienatio* et *venditio*.

Si l'acheteur est rendu propriétaire par le fait même de la conclusion du contrat, on comprend que le vendeur, ayant cessé d'être propriétaire, ne puisse être tenu qu'à la délivrance matérielle comme l'aliénateur après la mancipation effectuée : « La vente, écrit M. Saleilles, devenue simple contrat productif d'obligations, se distingua de cette vente primitive en ce qu'elle eut pour objectif l'accomplissement matériel de ce contrat réel dont elle était jadis la réalisation » (1).

D'un autre côté, de même que dans la mancipation le paiement du prix était un élément essentiel de l'acte, de même dans la vente consensuelle le contrat et la tradition elle-même ne peuvent avoir d'effet translatif que si le prix est payé.

Enfin l'acheteur supporte tout naturellement le risque puisqu'il est propriétaire ou censé tel ; la chose périclite à son détriment sans qu'il puisse objecter qu'il n'est pas propriétaire parce qu'il n'a pas payé son prix, car ce serait lui permettre d'invoquer sa négligence en sa faveur.

24. Ce système, s'il explique les singularités de la vente, ne montre pas comment l'on est passé de la mancipation à la vente consensuelle. Pernice prétend sans doute « qu'à son

(1) Saleilles, *loc. cit.*, *supra*, p. 222.

premier stade d'évolution, la vente était devenue un contrat réel, parfait par la tradition de la chose vendue et non, à l'inverse, par le paiement du prix » ⁽¹⁾. Ainsi il y aurait eu une époque de transition dans laquelle le contrat se formait par une exécution simplement unilatérale.

Cette dernière doctrine, fait remarquer M. Girard, « paraît, surtout si l'on veut l'étendre à autre chose qu'à la dette du prix, n'être guère conforme à ce que l'on sait du développement restreint, difficile et tardif des contrats réels nommés ou innommés, autres que le *mutuum*. Si on la restreint à la dette du prix, elle ne résout pas la difficulté : elle la laisse entière pour le cas où c'est le vendeur qui veut s'obliger en recevant le prix, et pour celui où les deux parties veulent s'obliger sans faire ni l'une ni l'autre de prestation immédiate » ⁽²⁾.

Quant à la thèse en elle-même, écrit de son côté M. Chausse, « elle est d'une hardiesse qui déconcerte. Considérer le contrat de vente comme translatif de propriété, c'est bouleverser comme à plaisir les notions les plus élémentaires du droit romain » ⁽³⁾.

25. La théorie qui nous semble rendre le mieux compte de l'évolution qu'a subie la vente romaine, et expliquer de la façon la plus satisfaisante les règles singulières auxquelles ce contrat était soumis, a été exposée par Mommsen ⁽⁴⁾ et reprise notamment par MM. Cuq et Chausse ⁽⁵⁾. Elle consiste à

⁽¹⁾ Pernice, *loc. cit.*, *supra*, p. 456.

⁽²⁾ Girard, *Man.*, p. 531, note 3.

⁽³⁾ Chausse, Singularités de la vente romaine (dans la *Nouv. Rev. hist. de dr. fr. et étr.*, 1899), p. 521.

⁽⁴⁾ Mommsen, Die Römische Anfänge von Kauf u. Mielthe (dans *Zeitsch. f. sav. slt/l.*, 1885), p. 267 et suiv.

⁽⁵⁾ Cuq, *Inst. jur. des Rom.*; I (édit., 1891), p. 602 ; Chausse, *op. cit.*, p. 513 et suiv.

dire que la vente (et aussi le louage) a été pratiquée par le droit public dans la forme consensuelle bien avant d'être admise et sanctionnée dans les rapports entre particuliers, et que dans la suite le droit privé s'est approprié ce mode de formation du rapport juridique.

L'Etat qui voulait aliéner ne recourait à aucun mode formaliste, mais il procédait à la vente aux enchères publiques par le ministère des questeurs, sous la direction des censeurs; préalablement à la vente un cahier des charges faisait connaître les conditions du marché. Ces conditions étaient le plus avantageuses possible pour l'Etat, afin que la créance de ce dernier demeurât ferme, dans l'intérêt de l'équilibre du budget.

Ainsi le Trésor ne se portait pas garant de la propriété des biens vendus; il entendait également ne se dessaisir de la propriété que contre paiement intégral du prix et laisser les risques de l'objet vendu à la charge de l'acheteur.

Ce qui engageait les particuliers à accepter ces conditions léonines, c'est qu'ils savaient qu'en cas de difficulté, le censeur trancherait le différend *ex æquo et bono*, en usant de ménagements envers les acheteurs. C'est ainsi que l'idée de bonne foi se serait développée dans le domaine du droit public, avant de naître dans celui du droit privé.

Les marchés de l'Etat étaient donc conclus par le simple accord des volontés des parties contractantes, bien que la pleine réalisation de l'acte fût reportée à une date ultérieure. Plus tard, vers la fin de la République, sous la pression des besoins de la pratique, le droit civil s'approprie ce mode si simple de procéder et l'on sépara le contrat de vente de son exécution. Tout d'abord, les praticiens se bornèrent à copier les clauses des *leges censoriæ*; plus tard, ils finirent par insérer dans le contrat toutes les clauses conformes au but pour-

suivi. Mais si des clauses spéciales n'étaient pas ainsi insérées dans le contrat, l'acheteur était censé accepter la situation inférieure qu'il occupait dans ses marchés avec l'Etat. La force de l'habitude fit maintenir des règles qui n'avaient plus de raison d'être dans les relations entre particuliers.

26. L'*Exceptio non adimpleti contractus*, nous le savons, ne peut exister qu'en matière de contrats synallagmatiques; mais elle suppose en outre un contrat de bonne foi.

Plus difficile peut-être que de savoir comment l'on est passé de la mancipation à la vente consensuelle est de déterminer l'époque où ce dernier contrat a pris le caractère de bonne foi, capable de faire naître l'*Exceptio non adimpleti contractus* et d'empêcher ainsi que chaque partie puisse exiger l'exécution de la partie adverse, sans devoir pour cela s'exécuter elle-même.

27. Un point paraît certain. C'est que Varron, à l'époque de César, ne connaît pas encore notre exception ⁽¹⁾. Ce qui ne veut pas dire qu'il n'existait pas déjà à cette époque des actions de bonne foi nées de la vente consensuelle ⁽²⁾. Leur existence, d'après M. Girard, est attestée à partir du milieu du VII^e siècle, non seulement par des témoignages de Q. M. Scævola, mais encore par des exemples concrets tirés de la pratique judiciaire. « Seulement ces actions n'arrivèrent que

(¹) Pernice, *op. cit.*, p. 459 et 460; Dernburg, *Pand.*, édit. 1886, § 20, p. 55. — Cpr. André, *op. cit.*, p. 40; Girard, *Man.*, p. 534 et les Stipulations de garantie, dans la *Nouv. Rev. hist. de dr. franç. et étr.*, 1883, p. 542, note 2; Cornil, L'évolution de la vente consensuelle et la loi 50 D., XIX, 1, dans *N. R. H.*, 1901, p. 151; Varron, *De re rustica*, II, 2, § 6: « Quum id factum est, tamen grex dominum non mulavit, nisi si est adnumeratum. Nec non emptor pote ex emplo vendito illum damnare si non tradet, quamvis non solverit nummos, ut ille emptorem simili iudicio si non reddit pretium ».

(²) Il est très probable qu'en s'appropriant la vente consensuelle, le droit privé emprunta aux contrats de l'Etat leur sanction et que la vente donna lieu à un *arbitrium bonæ fidei*, analogue au *iudicium censorium*.

peu à peu aux effets qui sont rattachés comme les plus naturels à leur caractère de bonne foi, à l'époque classique » ⁽¹⁾.

28. Un texte de Paul abrégéant Labéon (l. 23, D., XLVI. 4), « s'il ne traite pas de l'*Exceptio* dite *non adimpleti contractus*, n'en atteste pas moins très nettement que Labéon envisageait les obligations naissant de contrats synallagmatiques comme indépendantes les unes des autres dans leur exécution... Labéon dit « que si je vous ai remis votre dette par *acceptilatio*, je ne suis pas libéré pour cela de ma dette à votre égard. Cette affirmation générale vise le cas où celui qui fait *acceptilatio* est à la fois créancier et débiteur de celui auquel il consent la remise. Or ceci se rencontre précisément lorsqu'un contrat synallagmatique n'a été exécuté par aucun des contractants » ⁽²⁾.

29. L'*Exceptio non adimpleti contractus* n'est donc apparue qu'assez tard. Il est probable que, d'abord, l'acheteur seul put refuser l'exécution de son obligation tant que le vendeur n'aurait pas exécuté la sienne, sans qu'il y ait réciprocité.

D'après Pernice « le premier pas de l'évolution à partir de la vente au comptant fut qu'au lieu de payer immédiatement le prix, l'acheteur donna une garantie... qui aurait eu, au point de vue d'une demande en tradition de la chose vendue, la même valeur que le paiement effectué » ⁽³⁾. L'auteur trouve dans le *quamvis non solverit nummos* du texte de Varro une justification de sa théorie : par le fait que l'acheteur a donné au vendeur une garantie pour le paiement de son

⁽¹⁾ Girard, *Man.*, p. 532, 533, 534 et les notes.

⁽²⁾ Cornil, *op. cit.*, p. 153. — A l'époque où écrit Paul, il n'en est plus ainsi. Aussi le jurisconsulte fait-il remarquer que « s'il s'agit d'une location ou vente inexécutée, les deux contractants se trouvent libérés, alors même que la remise par *acceptilatio* n'émanerait que de l'un d'eux ».

⁽³⁾ Pernice, *op. cit.*, p. 457, 458, 459 et 460.

prix, il peut lui demander la livraison de la marchandise et aucun droit de rétention ne peut lui être opposé bien qu'il n'ait pas payé le prix.

On a expliqué autrement l'inégalité de position où se trouvaient les parties contractantes en faisant remarquer que si le vendeur paraissait le moins favorisé c'est qu'il avait, en vertu d'une décision des XII Tables (Inst., II. 1. 41), cet énorme avantage de pouvoir recouvrer sa chose par la revendication en cas d'insolvabilité de l'acheteur, puisqu'il demeurerait propriétaire malgré la tradition tant que le prix n'avait pas été payé ⁽¹⁾.

Gaius nous révèle l'existence d'une *exceptio mercis non traditæ* donnée à l'acheteur seul dans une vente aux enchères faite par un *argentarius*. Ce n'est peut-être qu'une règle spéciale à cette hypothèse ⁽²⁾. Cependant il paraît bien qu'entre Varron et Gaius, mais probablement peu de temps avant qu'écrive ce dernier, « le principe de l'interdépendance des obligations du vendeur et de l'acheteur, dans leur exécution respective, s'est fait jour soit comme règle spéciale à certaines ventes, soit comme règle générale » ⁽³⁾.

30. Au milieu du II^e siècle enfin, le vendeur est désormais mis sur le même pied que l'acheteur. Il a le droit de retenir la chose vendue jusqu'à ce que son co-contractant lui ait donné satisfaction. Cela ressort d'un texte où Ulpien attribue le mérite de cette décision à Marcellus : « Marcellus..... et hoc in emptoribus servari oportere ait : nam venditor pignoris loco quod vendidit retinet, quoad emptor satisfaciat ».

A partir de ce moment l'acheteur ne peut plus agir en vertu de l'*actio empti* sans offrir lui-même l'intégralité de son

⁽¹⁾ Cuq, *op. cit.*, II (édit. de 1902), p. 416.

⁽²⁾ V. *infra*, n. 49.

⁽³⁾ Cornil, *op. cit.*, p. 152. — Cf. Dernburg, *op. cit.*, § 20, II, p. 55 et 56.

prix (13 § 8, D., XIX, 1). Les deux contractants sont donc sur un pied d'égalité parfaite : l'un d'eux ne peut forcer l'autre à exécuter l'obligation qui lui incombe en vertu d'un contrat synallagmatique s'il n'a déjà exécuté lui-même ou s'il n'offre pas d'exécuter celle que le même contrat a mise à sa charge.

Cependant l'acheteur peut toujours refuser de payer quand il y a quelque difficulté dans l'exécution de l'obligation de délivrance (L. 5, C., VIII, 44), ou quand il peut craindre d'être troublé par l'action en revendication d'un tiers. Dans ce dernier cas il ne pourrait être forcé par son vendeur à exécuter son obligation, même si ce vendeur lui offrait des sûretés pour lui garantir la restitution du prix au cas d'éviction (*Responsa* de Papinien, *Frag. Vat.*, 12) ⁽¹⁾. Plus tard, il est vrai, Dioclétien et Maximien ne permettent plus en cette hypothèse à l'acheteur de refuser son paiement (24, C., VIII, 44). Et par suite la solution de Papinien a été interpolée par les rédacteurs du Digeste (19 § 1, D., XVIII, 6).

31. Ainsi l'*Exceptio non adimpleti contractus* était connue du droit romain. Mais peu préoccupés de bâtir des théories d'ensemble, les jurisconsultes romains n'ont jamais nettement dégagé le principe de l'exécution simultanée. Ce sont les Pandectistes allemands qui, plus tard, ont mis ce principe en lumière.

32. L'exégèse allemande s'est également posé une question que les Romains semblent bien n'avoir jamais résolue et peut-être jamais nettement envisagée, si l'on en croit du moins le peu de certitude des textes sur la matière ⁽²⁾. C'est celle de savoir si l'*Exceptio non adimpleti contractus* est une exception véritable. Et pourtant ce problème présentait un intérêt considérable au point de vue du droit romain propre-

⁽¹⁾ Girard, *Textes*, p. 438.

⁽²⁾ Voir ci-après n. 48 et suiv.

ment dit, en ce qui concerne la question de la preuve ⁽¹⁾.

En effet si l'*Exceptio non adimpleti contractus* est une exception véritable, elle sera sous-entendue dans la formule par suite du caractère de bonne foi du contrat (qui est synallagmatique), mais elle aura besoin d'être invoquée par le défendeur à qui incombera la charge de prouver, pour justifier son refus de paiement, que le demandeur n'a pas exécuté son obligation.

Cette question de la nature de l'*Exceptio non adimpleti contractus*, nous allons l'examiner avec les Pandectistes en ce qui concerne le droit romain allemand, parce que c'est à propos de ce droit, et dans un but d'application pratique, que le problème a été posé en Allemagne avant la codification de 1896. Mais le droit romain ancien et le droit romain germanisé ont gardé tant de points communs, puisque le second n'est que la transformation du premier sous l'empire des besoins pratiques modernes, que la solution adoptée est la même pour l'un et pour l'autre. Or pour les deux droits on est unanime à admettre que c'est au demandeur à prouver qu'il a fait sa prestation, et cela quelle que soit l'opinion que l'on adopte au sujet de l'*Exceptio non adimpleti contractus* ⁽²⁾.

(1) C'est à Ihering que revient l'honneur d'avoir nettement montré l'importance de la question de preuve d'où dépend en pratique le maintien du droit contesté. [Voir notamment ce qu'il dit à propos de la possession dans son livre : *Du rôle de la volonté dans la possession*, chap. IX (trad. Meulenaere), p. 125].

(2) Girard, *Man.*, p. 529, note 4. On a cherché en Allemagne un intérêt à la question au cas de procédure par défaut (V. n. 36 *infra*). Il semble bien que cette question ne se posait pas en droit romain classique parce que la délivrance de la formule, supposant un accord de volontés, le procès ne pouvait se lier par défaut, et le prêteur refusait la formule au demandeur, dont l'adversaire était défaillant. (Girard, *Man.*, p. 995 ; André, *op. cit.*, p. 37 et suiv.). Celui-ci ne pouvait donc être condamné purement et simplement à exécuter son obligation, sans qu'il soit tenu compte de la contre-prestation qui lui était due.

SECTION II

L'*EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS* DANS LE DROIT ROMAIN
ALLEMAND

33. Les Pandectistes ont étudié le droit romain moins peut-être pour l'intérêt scientifique que ce droit présente, que parce qu'il constituait le droit commun en Allemagne avant la codification de 1896 et qu'il recevait une application constante dans la pratique judiciaire allemande.

34. C'est surtout pendant le cours du XIX^e siècle que la question de la nature de l'*Exceptio non adimpleti contractus* a été discutée. Les auteurs se partageaient en deux camps, les uns prétendant qu'elle était une pure exception, au sens romain du mot, les autres qu'elle constituait plutôt une simple dénégation du droit du demandeur.

35. Ces discussions, à vrai dire, ne présentaient guère d'intérêt pratique : tout le monde, en effet (et nous dirons plus tard pour quel motif), s'était mis d'accord pour écarter du débat la question de preuve.

36. On ne trouvait plus guère dès lors, à la décision de la controverse dans un sens ou dans l'autre, que quelques intérêts de procédure d'importance relativement minime. Ainsi, par exemple, au cas de poursuite par défaut ⁽¹⁾.

Admet-on, en effet, que notre moyen de défense constitue bien une exception, au sens romain du mot, il faudra que le défendeur l'invoque en justice et, du moment qu'il fait défaut, on devra le condamner à exécuter, même si le demandeur ne fournit pas la preuve qu'il a lui-même exécuté.

Admet-on, au contraire, qu'il consiste en une simple dénégation

⁽¹⁾ André, *op. cit.*, p. 27 et 28.

gation du droit du demandeur, le juge devra, dans le cas de défaut du défendeur, si le demandeur n'a pas exécuté son obligation ou n'offre pas de le faire, déclarer sa demande irrecevable ou tout au plus prononcer contre le défendeur une condamnation simplement conditionnelle.

M. André avoue que les tribunaux allemands ont rarement à se prononcer sur la question, car, pratiquement, le demandeur ne forme de demande en exécution qu'en prouvant qu'il a exécuté son obligation; et s'il n'a pas satisfait à cette obligation, il se contente d'une condamnation conditionnelle ⁽¹⁾.

37. En dépit du peu d'intérêt qu'il présentait, de nombreux jurisconsultes allemands se sont cependant attachés à résoudre le problème que leur posaient les textes obscurs du Corpus. Peu de questions ont fait autant dissenter que celle-là.

M. André, que nous suivons particulièrement dans toute cette étude, rapporte les noms des principaux d'entre eux en les rangeant d'après leur opinion ⁽²⁾.

La théorie qui prétend que l'*Exceptio non adimpleti contractus* est une exception véritable est ordinairement appelée l'opinion d'Heerwart; celle qui soutient qu'elle est une dénégation directe du droit du demandeur, l'opinion de Keller. Si l'on consulte le tableau dressé par M. André, on remarque que l'opinion de Keller perd de plus en plus de terrain en Allemagne, au profit de celle d'Heerwart; et nous verrons que c'est cette dernière que le code civil allemand a adoptée par l'intermédiaire de Windscheid.

38. Pour trancher la question qui se posait à eux, les

⁽¹⁾ L'auteur signale un autre intérêt de procédure en ce qui concerne les procès à preuve littérale (*Urkundenprocess*). (Sur l'*Urkundenp.*, v. le *Rechtslexikon de Hollzendorff*, eod. v^o, III, 2^e part., édit. Leipzig, 1881, p. 977. — Cf. Planck, *B. G. B.*, II, § 322, p. 96 et art. 592, C. pr. all.).

⁽²⁾ André, *op. cit.*, p. 24 et suiv.

auteurs ont eu recours à deux sortes d'arguments : des arguments tirés des textes ou bien tirés de la notion théorique de contrat synallagmatique.

39. M. André ⁽¹⁾, approuvé en cela par M. Kahane ⁽²⁾ et par M. Saleilles ⁽³⁾, rejette à la fois les uns et les autres.

40. Régulièrement la discussion de la question a comme point de départ, chez les auteurs, l'analyse de la notion de contrat synallagmatique, sur laquelle on se base ensuite pour décider de la nature de l'*Exceptio non adimpleti contractus*.

41. Deux théories qui sont généralement repoussées parce qu'elles vont ou trop loin ou pas assez loin, consistent à dire, la première que les deux obligations qui résultent d'un contrat synallagmatique ne sont que les deux faces d'une seule et même obligation ; la deuxième que ces deux obligations sont absolument indépendantes l'une de l'autre.

Il est certain qu'à beaucoup de points de vue les deux obligations qui dérivent d'un contrat synallagmatique ne sont pas assez intimement liées pour ne former qu'une seule obligation, mais d'un autre côté, on peut bien penser que chacune des parties a entendu subordonner dans une certaine mesure l'exécution de sa propre obligation à celle de l'obligation de son co-contractant ⁽⁴⁾.

42. Aussi ne discute-t-on véritablement que sur deux autres opinions dont la première, soutenue notamment par

⁽¹⁾ André, *op. cit.*, p. 28 et suiv.

⁽²⁾ Kahane, Compte Rendu de l'ouvrage de M. André dans *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart* (Rev. de Grünhut), XIX (ann., 1892), p. 247 et 248.

⁽³⁾ Saleilles, Du refus de paiement pour inexécution du contrat dans les *Ann. de dr. comm. fr., étr. et intern.*, 1892-1893, ann., 1893, n. 16 et 18.

⁽⁴⁾ V. sur tous ces points, Windscheid, *Pand.*, § 321, note 2, II (éd. 1906), p. 321.

Keller et Karlowa ⁽¹⁾, consiste à dire que dans un contrat synallagmatique la contre-prestation affecte le contenu de la prestation, en ce sens qu'elle en diminue l'étendue, en sorte que chaque contractant est obligé, non pas à l'exécution de façon absolue, mais simplement à l'exécution contre contre-exécution. Voici l'exemple même de Keller : « En supposant la vente d'un cheval moyennant 200 thalers, le vendeur, défendeur par hypothèse, doit être condamné, non pas à livrer le cheval mais seulement à livrer le cheval contre paiement de 200 thalers. L'acheteur use d'un droit plus considérable quand il demande directement et sans condition la livraison de la chose, que quand il exige seulement cette livraison en offrant de payer son prix. En vertu du contrat, il n'a que le moindre droit ; il exige plus qu'il ne lui est dû en exerçant le plus considérable. Donc si cet acheteur veut à juste titre réclamer la livraison du cheval, il faut qu'il ait déjà de son côté exécuté son obligation ou fourni un équivalent, et cette exécution, réalisée par lui, fait partie des motifs de sa demande, car seul le fait de l'exécution préalable par l'acheteur peut rendre sa demande unilatérale, indépendante et absolue » ⁽²⁾.

43. Windscheid reconnaît lui-même que cette conception est en soi possible et qu'elle est même à recommander pour certains contrats synallagmatiques comme la vente ⁽³⁾.

44. Si l'on en croit la théorie de Keller, l'*Exceptio non adimpleti contractus* n'est pas une véritable exception, mais bien plutôt une dénégation pure et simple du droit du demandeur. En effet, celui-ci ne peut exiger que ce qui

⁽¹⁾ Keller, *Jahrbuch des gemeinen Deutschen Rechts*, IV (1860), p. 337 et suiv. et Karlowa, *De natura atque indole συναλλαγματος*.

⁽²⁾ Keller, *op. cit.*, p. 342 et 343 ; Windscheid, § 321, note 4.

⁽³⁾ Windscheid, § 321, note 2, p. 320.

lui est dû. Or en poursuivant sans avoir payé lui-même, il demande ce qu'on ne lui doit pas. « L'antériorité ou tout au moins la simultanéité d'exécution est une condition d'existence du droit lui-même; c'est donc au demandeur à prouver tous les éléments de son droit; le défendeur, en objectant que son adversaire n'a pas exécuté antérieurement, fait plus qu'opposer une simple exception, il oppose une contradiction directe au droit du demandeur » (1).

En droit positif, cette conception paraît bien avoir été celle du code prussien (art. 271).

45. Pour combattre la théorie de Keller, on prétend que la contre-prestation ne constitue pas une diminution de la prestation, mais bien plutôt un équivalent pour cette prestation. Chaque contractant, dit Windscheid (2), n'est obligé d'exécuter son obligation que si l'autre contractant exécute également l'obligation qui lui incombe. En vertu de cette théorie, le demandeur qui veut forcer le défendeur à exécuter sans l'avoir fait de son côté demande bien encore ce qui lui est dû, mais il fausse l'esprit même du contrat, puisqu'il traite la prestation mise à la charge de son adversaire comme si elle était isolée, alors que celle qu'il doit lui-même en est l'équivalent. Cette façon d'agir constitue un dol. Le droit romain y voyait non point une *plus petitio*, mais une « entorse » au but du contrat. C'est pourquoi il accordait alors au défendeur l'*Exceptio non adimpleti contractus*, exception véritable, variante de l'exception de dol.

46. M. André se refuse à suivre les auteurs dans ces analyses subtiles, car la conception qu'ils ont respectivement de la notion de contrat synallagmatique est purement subjective.

(1) Saleilles, *Du refus du paiement*, etc., n. 13, p. 33; Karlowa, *op. cit.*, p. 11.

(2) Windscheid, *Pand.*, § 321, note 2, p. 320.

« Il manque précisément, écrit-il, une définition légale du contrat synallagmatique et aucune des tentatives faites pour en dégager la notion de décisions particulières ou de l'évolution historique n'a par malheur jamais été unanimement acceptée ». Chaque auteur interprète les textes à sa manière et leur fait au besoin violence afin de corroborer par leur autorité l'opinion préconçue qu'il s'est faite ⁽¹⁾. « La solution légale, dit de son côté M. Saleilles, est de consacrer ce que les parties ont voulu et non ce que peut penser tel ou tel interprète logicien et doctrinaire... Il n'y a pas de formule type et idéale en matière de conventions, il n'y a que des formules et conceptions essentiellement concrètes et variables se modifiant au gré des usages. Ainsi votre conception type du contrat synallagmatique, si rationnelle soit-elle, n'a rien à voir avec la recherche de la conception courante que s'en font les parties et qui est la seule dont nous ayons à tenir compte, bien loin que nous devions, sans contrôle, accepter celle des jurisconsultes » ⁽²⁾.

47. Il n'en est pas moins vrai que si la conception purement subjective que chacun a de la notion du contrat synallagmatique ne peut contribuer aucunement à résoudre la question posée, elle peut du moins déterminer chacun à opter pour l'une ou l'autre des deux théories en présence. Ainsi les rédacteurs des Motifs du premier projet ont déclaré à propos de l'art. 362 P¹, ne pas vouloir prendre parti sur la nature essentielle du contrat synallagmatique, et « laisser ce soin à la doctrine et à la pratique » ⁽³⁾. Cependant, par le fait qu'ils considèrent dans l'art. 366 P¹, l'*Exceptio non adimpleti contractus* comme une exception véritable, on peut les supposer

(1) André, *op. cit.*, p. 29. — Cf. Kahane, *loc. cit.*, p. 248.

(2) Saleilles, *Du refus de paiement*, etc., n. 18.

(3) *Motive zu dem Entwurfe eines B. G. B. sur le § 362*, p. 200.

avoir voulu adopter la théorie d'Heerwart et de Windscheid, ou tout au moins avoir répudié celle de Keller ⁽¹⁾.

48. Restent, pour trancher la question en faveur de l'une ou l'autre opinion, des arguments tirés des textes du Corpus. M. André ne retient que cinq de ces textes les plus explicites et les plus fréquemment cités et il s'attache à démontrer qu'ils ne peuvent être d'aucun secours pour résoudre la difficulté.

49. Pour le premier de ces textes, celui de Gaïus (Inst., IV, § 126^a), bien qu'il parle expressément d'une *Exceptio*, (*objicitur ei Exceptio*), on est d'accord, tant dans la théorie d'Heerwart que dans celle de Keller, pour admettre qu'il doit être écarté du débat parce qu'il y a eu, en l'espèce, disent les uns, novation au moyen d'un contrat littéral, d'une « *transcriptio a re in personam* » opérée sur les livres de l'*argentarius* ⁽²⁾, ou bien, disent les autres, parce qu'il s'agit d'une action née d'un contrat verbal au profit du banquier ⁽³⁾. Quand le banquier formulait sa demande, il s'appuyait sur une obligation abstraite, et pour écarter cette action de droit strict, il fallait faire appel à une exception particulière. D'ailleurs, la loi faisait aux *argentarii* une situation particulière à Rome, et l'on ne peut tirer des procédés spéciaux qu'ils employaient une règle générale.

Cette interprétation du texte de Gaïus, n'est cependant pas unanimement adoptée. D'après Dernburg, dont l'opinion a été reprise par M. Cuq, l'insertion de l'exception dans la for-

⁽¹⁾ Dans le droit allemand actuel cette question de la nature de l'*Exceptio non adimpleti contractus* présente peu d'intérêt, et néanmoins les commentateurs insistent sur cette idée qu'elle est, sous l'empire du code actuel, une véritable exception (V. *infra*, n. 62).

⁽²⁾ Keller, p. 346; André, *op. cit.*, p. 31; Saleilles, *Du refus du paiement*, etc., n. 16.

⁽³⁾ Girard, *Man.*, p. 529, note 4. Windscheid se contente de dire que le texte n'a pas en vue une *actio venditi*, mais une *condictio certi* provenant d'une novation (P., § 321, note 2, II, p. 320).

mule aurait eu lieu moins par nécessité que par une mesure de précaution, grâce à laquelle les Romains cherchaient à se prémunir contre les agissements des banquiers ⁽¹⁾.

Quelque interprétation qu'on suive, il faut bien admettre que le texte contient une disposition exceptionnelle et qu'il doit être, par là même, écarté du débat comme peu probant.

50. Un deuxième texte, qui est de Julien, ne doit pas non plus longtemps retenir notre attention. C'est la loi 25, D., XIX. 1. Ici encore tout le monde admet qu'il y a eu novation, par voie de stipulation, de l'obligation de l'acheteur, et que le vendeur agit non plus au moyen de l'*actio venditi*, mais d'une *condictio certæ pecuniæ*. D'ailleurs s'il pouvait rester quelque doute dans l'esprit au sujet de cette interprétation, il suffirait de se reporter à une hypothèse analogue rapportée par la l. 14, D., XLIV. 1, où il est dit expressément qu'une stipulation est intervenue ⁽²⁾.

Dans ce dernier cas, comme dans le premier, l'obligation née, à la charge de l'acheteur, du contrat synallagmatique, est devenue, grâce à la novation, une obligation abstraite, formelle, prenant sa source dans un contrat unilatéral, et indépendante par là même de l'obligation née en même temps qu'elle du premier contrat. En un mot nous ne sommes plus en matière de contrats synallagmatiques, et si l'acheteur veut opposer à la demande du vendeur que ce dernier commet un dol en exigeant ce qui lui est dû en vertu du contrat verbal ou littéral, sans livrer lui-même ce qu'il doit, il faudra que cet acheteur recoure à une exception véritable, dont il devra en toute hypothèse établir le bien fondé. C'est avec raison,

⁽¹⁾ Dernburg, *Pand.*, § 20, p. 55, texte et note 3; Caq, *op. cit.*, II, note 6, p. 416 et 417.

⁽²⁾ Windscheid, *loc. cit.*, note 2, p. 320; André, *op. cit.*, p. 32.

on le voit, que les deux premiers textes cités sont mis hors de cause ⁽¹⁾.

51. Un autre passage du Digeste que citent volontiers les partisans de l'opinion de Keller ⁽²⁾ est un texte d'Ulpien, la loi 13, § 8, D., XIX. 1, ainsi conçu : « Offerri pretium ab emptore debet, quum ex empto agitur, et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio : venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit ». D'après Keller, les mots *nondum est ex empto actio* doivent être pris dans le sens *nondum recte agitur*, c'est-à-dire que le juge ne peut condamner le vendeur à livrer la chose, mais doit au contraire l'absoudre, si l'acheteur, demandeur par hypothèse, se borne dans sa demande à invoquer l'existence du contrat d'où dérive, à la charge de son adversaire, l'obligation de délivrance, au lieu d'offrir de son côté l'intégralité du prix qu'il doit. Si l'exécution préalable doit être ainsi considérée comme une des conditions d'admission de la demande, la question de preuve est par là même résolue contre le demandeur, puisque ce dernier doit établir toutes les conditions auxquelles le droit qu'il poursuit se trouve subordonné. C'est donc que sous le nom d'exception il faut entendre une véritable dénégation du droit du demandeur. Et il faut bien avouer que ce texte est peut-être celui qui plaide le plus en faveur de l'opinion de Keller.

52. Cependant, les partisans de la théorie dominante le rejettent, sans se mettre d'ailleurs beaucoup en frais pour appuyer solidement leur réfutation. Windscheid se contente de dire qu'à côté des deux textes que nous citons plus loin,

⁽¹⁾ Windscheid, *loc. cit.*, note 2, p. 320 ; André, *op. cit.*, p. 32 ; Keller, *op. cit.*, p. 346.

⁽²⁾ Glück, *Pand.*, XVII, § 1043, p. 227 et 228 ; Karlowa, *op. cit.*, p. 13 ; Keller, *op. cit.*, p. 343 et 344.

« la loi 13, § 8, dont s'agit, n'a aucune importance, étant donné que le *nondum ex empto actio* peut très bien se comprendre d'une action paralysée ou même complètement rejetée par l'effet d'une exception à elle opposée » (1). M. André reconnaît que l'expression présente au premier abord quelque chose de surprenant, mais il la croit inexacte. D'après lui, le jurisconsulte romain n'aurait pas, comme il arrive fréquemment, complètement développé sa pensée : au fond, le texte signifie que le vendeur n'a pas d'action, qu'on lui refuse le droit de former sa demande, parce que, si on lui eût permis de le faire, cette demande aurait été détruite par une exception (2). Il faut avouer que cette interprétation est bien un peu divinatoire.

53. Mais le point capital de la discussion se trouve dans les deux textes qu'invoquent le plus souvent les partisans de la théorie d'Heerwart : ce sont la loi 5, § 4, D., XLIV. 4 et la loi 5, C., VIII. 44 (45).

La loi 5, § 4, D., XLIV. 4, qui est un texte de Paul, est ainsi conçue : « Si servus veniit ab eo, cui hoc dominus permisit, et redhibitus sit domino : agenti venditori de pretio exceptio opponitur redhibitionis, licet jam is, qui vendidit, domino pretium solverit (etiam mercis non traditæ exceptione summovetur, et qui pecuniam domino jam solvit) et ideo is qui vendidit, agit adversus dominum. Eamdem causam esse Pedius ait ejus, qui negotium nostrum gerens vendidit ». Le moyen de défense opposé par le défendeur, dit Windscheid, a bien dans ce texte le caractère d'une véritable exception : l'*exceptio mercis non traditæ* n'est autre que notre *Exceptio non adimpleti contractus*; donc, celle-ci est une exception véritable. Keller a bien supposé qu'il y aurait eu ici encore

(1) Windscheid, *loc. cit.*, p. 320.

(2) André, *op. cit.*, p. 32.

novation après coup, par voie de stipulation, comme par exemple dans la loi 14, D., XLIV. 1, précitée. Mais il avoue lui-même qu'on ne trouve rien dans le texte de décisif en ce sens ⁽¹⁾.

Quant à la loi 5, C., VIII. 44 (45), elle s'exprime en ces termes : « Ex prædiis, quæ mercata es, si aliqua a venditore obligata et necdum tibi tradita sunt, ex empto actione consequeris, ut ea a creditrice liberentur. Id enim fiet, si adversus venditorem, ex vendito actione pretium petentem, doli exceptionem opposueris ». De nombreuses difficultés s'élèvent au sujet de ce passage. Keller ⁽²⁾ le considère comme le plus douteux des textes invoqués contre lui. Mais tous les arguments qu'il a pu donner n'ont pas réussi à ébranler l'opinion dominante qui admet que, dans le texte discuté, « l'exception de non-exécution opposée à une demande formée en vertu d'un contrat synallagmatique est appelée *exceptio*, et que, de ce fait, la question est tranchée en ce qui concerne le droit romain » ⁽³⁾.

54. Bien qu'il se rallie à l'opinion d'Heerwart, M. André pense que dans les deux derniers textes examinés, il ne s'agit pas d'une pure exception basée sur le défaut d'exécution du contrat; l'exécution a bien eu lieu de la part du demandeur, mais elle n'est pas satisfaisante, dans le premier cas parce que l'esclave vendu a été repris par l'ancien propriétaire, dans le deuxième cas parce que les propriétés vendues étaient déjà hypothéquées. Dans l'un et l'autre cas celui qui invoque l'exception se base donc non pas sur l'existence même d'un contrat synallagmatique, mais sur quelque chose de particulier, à savoir que l'exécution de la part du demandeur

(1) Keller, *op. cit.*, p. 348.

(2) Keller, *op. cit.*, p. 349; Girard, *Man.*, p. 529, note 4.

(3) Windscheid, *loc. cit.*, note 2, p. 320; André, *op. cit.*, p. 34.

n'a été qu'*apparente*. En d'autres termes, nous sommes dans le domaine de l'*Exceptio non rite adimpleti contractus* et non plus dans celui de l'*Exceptio non adimpleti contractus* proprement dite, et nous verrons plus tard ce qui distingue entre eux ces deux moyens de défense. « Sans doute, ajoute l'auteur, l'opinion prédominante peut nous objecter que la différence n'est qu'apparente et qu'en réalité l'*Exceptio non adimpleti contractus* et l'*Exceptio non rite adimpleti contractus* sont identiques dans leur essence juridiques, car une exécution imparfaite n'est pas une exécution... Cette suite d'idées conduirait à trouver dans les deux textes la preuve que l'*Exceptio non adimpleti contractus* est une exception véritable... Cette conception n'est pas juste, car on n'y aboutit qu'en introduisant dans les textes une idée qui ne s'y trouve pas, à savoir que l'*exceptio redhibitionis* aussi bien que l'*exceptio evictionis imminentis* ne sont autres que l'*Exceptio non adimpleti contractus*. Malgré l'argument que l'on peut tirer à cet égard de la loi 5, D., déjà citée... il n'en est pas moins vrai qu'en l'espèce l'esclave a été livré, sans ça la *redhibitio* ne serait pas possible et l'exception ne peut que se fonder sur une *traditio* défectueuse et sans valeur à cause de la reprise ultérieure de l'esclave entre les mains de l'acheteur (Cf. l. 3 pr. et l. 11, § 13, D., XIX. 1)... L'*exceptio mercis non traditæ* nous paraît constituer une *Exceptio non rite adimpleti contractus*, en ce sens qu'elle s'appuie sur un paiement valable seulement à l'apparence... On ne peut donc tirer des textes cités aucune conclusion certaine relativement à la conception qu'avaient les Romains de l'*Exceptio non adimpleti contractus* proprement dite » (1).

(1) André, *op. cit.*, p. 34 et suiv.; Kahane, *loc. cit.*, n. 247; Saleilles, *Du refus de paiement, etc.*, n. 16. V. cep. *eod. loco*, n. 90, où l'auteur, à propos de la loi 5, § 4, D., XLIV. 4, admet que si le texte parle d'*exceptio*, c'est que l'*Exceptio non*

55. D'ailleurs, en admettant même que le droit romain se soit prononcé pour une opinion ou pour une autre, la solution donnée par les textes n'aurait pas en l'espèce une bien grande importance. Il ne faut pas oublier, en effet, que la question de la nature de l'*Exceptio non adimpleti contractus* s'est posée en Allemagne au point de vue de la pratique moderne. Or, s'il est certain que le droit commun en Allemagne, avant la mise en vigueur du nouveau code civil, était bien le droit romain, c'était un droit romain considérablement modifié par l'influence des glossateurs et des coutumes germaniques. Ce droit était peu à peu devenu un élément de la pensée allemande, il s'était développé sous l'influence de la pratique allemande et des besoins des pays allemands ⁽¹⁾.

Comme le dit M. Saleilles, l'Ecole historique, au contraire de ce qu'a pensé Savigny, « n'est pas celle qui consiste à revenir plusieurs siècles en arrière pour l'honneur d'appliquer une solution qui soit exactement celle de Justinien, mais bien celle qui accepte tous les développements et transformations de l'ancien droit des Pandectes conformes aux progrès de la vie et à la manifestation des besoins nouveaux » ⁽²⁾.

Il n'est pas étonnant d'ailleurs, fait remarquer M. André, que dans les textes du Corpus on ne trouve rien de précis qui éclaire le problème examiné au point de vue allemand. En dehors de la question de preuve qui est écartée du débat pour le droit romain ancien comme pour le moderne, les Allemands ne trouvaient que quelques intérêts pratiques, d'importance minime, à admettre l'une ou l'autre solution :

adimpleti contractus, qui ne diffère pas de nature de l'*Exceptio non rite adimpleti contractus*, est bien une exception proprement dite.

⁽¹⁾ André, *op. cit.*, p. 43 et 44; Crome, *Similitudes du code civil allemand et du code civil français*, dans le *Livre du centenaire*, II, p. 605.

⁽²⁾ Saleilles, *Du refus de paiement, etc.*, n. 17.

on se demandait notamment si l'on pouvait prononcer un jugement par défaut au profit du demandeur qui ne prouve pas qu'il a lui-même exécuté son obligation. Or cette question ne se posait pas à Rome, ce qui explique que les textes soient si peu explicites ⁽¹⁾.

56. En définitive, d'une part les indications fournies par les textes sont peu claires, et d'autre part, même si elles décidaient la question dans un sens ou dans l'autre, on ne pourrait actuellement rien en inférer, parce que justement les difficultés qui s'offrent à la pratique moderne ne sont plus les mêmes que celles qui ont pu se poser à l'époque classique du droit romain.

57. D'ailleurs, nous le savons, quelle que soit la théorie que l'on adopte au sujet de la nature de notre exception, tout le monde est d'accord, tant pour le droit romain ancien que pour le droit moderne, pour imposer au demandeur la charge de la preuve du paiement effectué. C'est encore l'influence des nécessités pratiques qui a déterminé la doctrine en ce sens. Elle avait d'ailleurs beaucoup de bonnes raisons pour en décider ainsi. Et en effet celui qui prétend avoir exécuté de son côté pour forcer son co-contractant à prêter, a ordinairement en sa possession une quittance ou un accusé de réception. Si le défendeur, dont il exige l'exécution, lui oppose l'*Exceptio non adimpleti contractus*, il lui sera des plus faciles d'écarter immédiatement cette exception en exhibant les preuves matérielles de son paiement. Il en serait tout autrement si l'on forçait le défendeur à prouver que le demandeur n'a pas exécuté pour lui permettre de repousser la demande de celui-ci. Sans doute une preuve négative n'est pas impossible, elle peut se faire à l'aide d'une preuve posi-

(1) André, *op. cit.*, p. 38 et suiv. ; Kahane, *loc. cit.*, p. 243. — V. *supra*, n. 32 et suiv.

tive contraire. Mais elle serait extrêmement difficile en l'espèce pour le défendeur qui n'a pu se procurer des preuves directes de l'inexécution de l'obligation du demandeur. En tous cas, s'il subsistait en définitive quelque doute dans l'esprit du juge, il s'interpréterait alors contre celui à qui la preuve incombait, le défendeur par hypothèse, c'est-à-dire que celui-ci serait obligé d'exécuter comme si la contre-prestation avait été effectuée. On a donc été amené à présumer que, jusqu'à preuve contraire, le défendeur était bien fondé à prétendre que le demandeur n'avait pas exécuté l'obligation mise à sa charge.

58. Cette conception se justifiait très aisément dans la théorie de Keller pour laquelle le demandeur qui n'a pas exécuté antérieurement ou qui n'est pas prêt à l'exécution simultanée demande plus qu'il ne lui est dû ; d'où il suit que, pour que son action soit recevable, il faut qu'il prouve qu'il demande simplement ce qu'on lui doit, c'est-à-dire qu'il a déjà payé ou qu'il est prêt à le faire.

Plus difficile, semble-t-il, était la justification de la part de ceux qui croient, avec Heerwart, que notre moyen de défense est une véritable exception. Car, en principe, celui qui invoque une exception doit en établir le bien fondé : *reus in excipiendo fit actor*. Cependant, a-t-on fait remarquer, ce que le défendeur invoque c'est moins un fait d'inexécution de la part du demandeur que l'existence d'une dette mise à la charge de ce dernier par le contrat lui-même. Et pour établir l'existence de cette dette il suffit au défendeur de se prévaloir des clauses du contrat en vertu duquel la demande en exécution est formée contre lui. Ce sera alors au demandeur à prouver que la dette n'existe plus, parce qu'il a exécuté le contrat. « Ce n'est pas tant un fait d'inexécution de la part du demandeur que le défendeur invoque, dit Windscheid, mais

bien plutôt ce fait qu'il résulte également du contrat même en vertu duquel le demandeur agit, une obligation à la charge de ce demandeur, d'où il suit que ce dernier ne peut, suivant le but même du contrat, exiger l'exécution de l'obligation du défendeur tant que sa propre obligation subsiste » (1).

59. Une fois la question de preuve écartée de la controverse par un accord unanime des belligérants, nous savons combien peu d'importance il y a, pratiquement, à se décider pour l'opinion de Keller ou pour celle d'Heerwart. Et même en ce qui concerne la poursuite par défaut, il semble bien que la question doive être tranchée dans le sens de l'opinion dominante, mais sans qu'il soit pour cela nécessaire de prendre part à la controverse qui s'est agitée autour de l'*Exceptio non adimpleti contractus*. Ce sont de simples raisons pratiques qui, encore ici, doivent guider l'interprète.

Supposons, en effet, que le juge puisse d'office suppléer l'*Exceptio non adimpleti contractus*, quand le défendeur fait défaut et par suite ne l'oppose pas à la demande en exécution dirigée contre lui. Certainement il est contraire à l'intention normale des contractants et à l'idée qu'on se fait pratiquement du contrat synallagmatique que quelqu'un puisse ainsi recevoir justice sans qu'il se soit préoccupé de l'obtenir : ce serait le lieu de faire mentir l'adage suivant lequel *jura vigilantibus prosunt*. Il faut remarquer d'ailleurs que très souvent, quand le défendeur fera défaut, c'est qu'il sera insolvable et qu'il cherchera à échapper aux poursuites dont il est l'objet : dans ces conditions, le demandeur a tout intérêt à obtenir au plus vite exécution de la part de son co-contractant et il serait alors bien injuste de lui imposer une preuve qu'il peut lui être difficile de fournir sur le champ, s'il n'a

(1) Windscheid, § 321, note 3 *in fine*, p. 321 ; André, *op. cit.*, p. 47, *Code saxon*, art. 861.

pu se procurer lors du paiement de quittance ou d'accusé de réception. C'est déjà beaucoup que le défendeur puisse profiter d'un véritable terme quand il oppose lui-même à la demande dirigée contre lui l'*Exceptio non adimpleti contractus*, sans l'en faire encore bénéficier quand sa négligence ou son incurie l'en rendent indigne ⁽¹⁾.

60. En résumé, toute la grande querelle qui s'est agitée autour de l'*Exceptio non adimpleti contractus* pendant le XIX^e siècle ne présentait guère d'intérêt appréciable. Du moment que les nécessités pratiques faisaient écarter du débat la question de preuve et celle de procédure par défaut, qu'importait aux jurisconsultes allemands, au point de vue du droit allemand, que l'*Exceptio non adimpleti contractus*, fût ou non une véritable exception ?

61. En droit romain, nous l'avons dit, la question pouvait encore avoir grande importance à cause des caractères particuliers et du rôle pratiquement considérable de l'exception dans la procédure formulaire. Cependant, même pour le droit romain, cet intérêt s'est trouvé aboli parce que la question de preuve a été mise hors de cause.

A plus forte raison les modernes qui ne connaissent plus d'exception au sens caractéristique du mot devraient-ils se désintéresser du débat.

62. Et pourtant M. André, après avoir combattu aussi bien la théorie de Keller que celle de Heerwart, insiste sur ce fait qu'il y a de plus en plus tendance à considérer l'*Exceptio non adimpleti contractus* comme une véritable exception : « Pour ce qui est du droit commun actuel, écrit-il, nous dirons avec l'opinion dominante qu'elle doit être considérée comme une exception véritable » ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Saleilles, *Du refus de paiement, etc.*, n. 19.

⁽²⁾ André, *op. cit.*, p. 46 et 47. — Cf. Saleilles, *loc. cit.*, *supra*, n. 90; Kahane, *loc. cit.*, p. 248.

D'autre part les commentateurs du code allemand ⁽¹⁾ et les rédacteurs des Motifs eux-mêmes ⁽²⁾ semblent s'attacher à montrer que le législateur allemand a pris parti pour la théorie d'Heerwart. C'est sans doute que la querelle entre les partisans d'Heerwart et ceux de Keller a eu tant de retentissement en Allemagne pendant le cours du xix^e siècle que le code nouveau n'a pu s'empêcher de se prononcer pour l'une des deux opinions en présence.

63. Le droit français, qui a longtemps ignoré ces controverses et qui n'a jamais été influencé par elles, n'a pas les mêmes raisons de se déterminer dans un sens ou dans l'autre. Il est probable que jamais on ne soutiendra chez nous que l'*Exceptio non adimpleti contractus*, ou le droit de rétention comme on l'appelle communément, puisse être suppléé d'office par le juge au cas de jugement par défaut. Toutefois, sans nous préoccuper de savoir si l'*Exceptio non adimpleti contractus* est ou n'est pas une véritable exception, nous devons cependant admettre, comme en Allemagne, car les mêmes motifs pratiques nous y invitent, que c'est au demandeur qu'incombe la charge de la preuve.

(1) Planck sous le § 320, II, p. 92; Kipp, § 321, II, B. G. B., 4, p. 324.

(2) Motive sur le § 366, II, p. 204.

CHAPITRE II

L'EXCEPTIO NON RITE ADIMPLETI CONTRACTUS

64. Dans ce chapitre, nous nous proposons d'étudier le problème de l'exception dite *non rite adimpleti contractus*, problème bien allemand, que les Romains n'ont probablement jamais aperçu. Toutes les fois que nous ferons des allusions ou des emprunts au droit romain, c'est que nous suivrons les Pandectistes dans leur méthode et dans leurs controverses. C'est bien plutôt du droit romain allemand que du droit romain classique que nous exposerons.

Le présent chapitre comprendra quatre sections :

Dans la première, nous montrerons les difficultés de la question et les formes variées et complexes avec lesquelles elle se présente dans le domaine pratique.

La seconde sera consacrée aux théories qui rejettent complètement toute exception de refus de paiement au cas d'exécution irrégulièrement effectuée.

Dans la troisième, nous étudierons la théorie dominante en Allemagne au moment de la codification.

Dans la quatrième, enfin, nous exposerons une théorie proposée par M. André et reprise par M. Saleilles, et que ce dernier a appelée la théorie du *paiement apparent*.

SECTION PREMIÈRE

LE PROBLÈME

65. Dans le chapitre précédent, nous avons toujours supposé que l'inexécution du contrat avait été complète, que celui qui réclamait de son adversaire l'exécution d'un contrat synallagmatique n'avait, en aucune façon, livré la prestation que ce contrat avait mise à sa charge.

Mais supposons maintenant que, apparemment tout au moins, celui qui exige l'exécution ait lui-même exécuté son obligation, que l'exécution du contrat ait été réalisée, de son chef, en ce qui touche le fait matériel qui la constitue. Le défendeur, pour écarter cette demande, répond que, sans doute, la chose a été livrée par le demandeur, que le fait matériel de la livraison s'est bien produit, mais non pas conformément aux conditions déterminées lors du contrat ou aux clauses d'usage. Ce défendeur pourra-t-il encore refuser de payer jusqu'à ce que le vice qui, d'après lui, infecte l'exécution réalisée par le demandeur, ait disparu?

Si on permet au défendeur d'agir ainsi, il lui sera toujours facile de se ménager un terme pour retarder son paiement : il lui suffira en effet, pour échapper aux poursuites, de prétexter que le paiement effectué par le demandeur est défectueux et d'opposer par suite à son adversaire l'*Exceptio non adimpleti contractus*.

Mais cette *Exceptio non adimpleti contractus* conservera-t-elle les mêmes caractères que dans le cas de complète inexécution, autrement dit, et c'est ici le point capital du débat, va-t-on imposer au demandeur, comme au cas d'absence totale d'exécution, la charge de prouver qu'il a rempli les obligations mises à sa charge conformément aux prévisions des parties et à l'usage commercial?

Dans ces conditions, non seulement on permettra au défendeur de se dérober à la demande en livraison, en excipant de ce que le demandeur n'a pas presté de façon correcte, mais encore il ne sera nullement astreint à établir le bien fondé de son exception.

On comprend, dès lors, combien la question, pratiquement, est délicate, puisque une solution imprudente peut profondément troubler la sécurité des relations commerciales.

66. Les Allemands ont donné au moyen de défense qu'invoquerait le défendeur en s'appuyant sur l'exécution imparfaite de la part de son co-contractant le nom de *Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages*, ou, en latin, *Exceptio non rite adimpleti contractus*. Ce nom n'est pas plus romain que l'expression *Exceptio non adimpleti contractus*. D'après M. André, il se serait formé vers le milieu du XVIII^e siècle. Schaumburg écrit à cette époque : « Non tamen cum hac exceptione (c'est-à-dire *Exceptio non adimpleti contractus*) confundenda est exceptio, qua contrahens implementum seu imperfectum et contractui ex asse non satisfaciens accusat, quippe quæ naturam aliarum exceptionum sequitur » ⁽¹⁾. Cette distinction trouva du succès chez beaucoup de juriconsultes et le nom fut, dans la suite, couramment employé. Mais plus tard, elle rencontra de nombreux adversaires et l'opinion dominante en Allemagne, lors de la rédaction du code civil, était que l'*Exceptio non rite adimpleti contractus* n'est pas une exception véritablement indépendante et particulière.

67. Cette question de l'*Exceptio non rite adimpleti contractus* était assez peu traitée en Allemagne. Ordinairement on

⁽¹⁾ Schaumburg, *Compend. jur.*, Dig., XIX. 1, § 2, d'après André, *op. cit.*, p. 51.
— Cf. Glück, *Pand.*, XVII, p. 231, note 52.

s'occupait beaucoup de l'*Exceptio non adimpleti contractus* et on ne consacrait à l'autre que peu d'attention. M. André, au contraire, fait de l'*Exceptio non rite adimpleti contractus* la partie principale de son livre et, persuadé que cette exception est de beaucoup la plus importante parce qu'elle se présente beaucoup plus fréquemment que l'autre à l'examen du juge ⁽¹⁾, il a illustré son étude de nombreux exemples tirés des recueils d'arrêts des tribunaux.

68. Le demandeur, par exemple, a vendu au défendeur une machine à vapeur, la lui a livrée et réclame le prix convenu. Ce à quoi le défendeur répond : « Vous m'avez, il est vrai, livré la machine mais elle n'est pas utilisable pour mon industrie, car elle ne fournit que vingt chevaux-vapeur alors qu'il était convenu que vous me livreriez une machine d'une force de quarante chevaux ».

Ou bien encore le demandeur a loué au défendeur pour les fêtes de la Pentecôte un bateau et il réclame le prix convenu pour la location. Mais le défendeur, qui espérait transporter de nombreux promeneurs, répond que le bateau n'aurait pu contenir que 200 passagers au lieu de 500 comme le prétendait le demandeur et que, d'ailleurs, il était si sale que personne n'avait voulu le prendre. Il en résulte qu'il n'a pas fait ses frais et il refuse de payer. Le demandeur répond que le bateau qu'il a fourni peut aisément contenir 500 passagers, mais que c'est à cause du mauvais temps qu'il ne s'est pas trouvé plus de 100 promeneurs, alors que le défendeur veut faire retomber sur lui les conséquences de sa malheureuse spéculation.

Ou bien encore, un entrepreneur construit une maison et quand il l'a livrée au propriétaire, il en réclame le prix. Mais

(1) André, *op. cit.*, p. 48.

ce dernier refuse de payer sous prétexte qu'il y a des vices dans la construction ou que celle-ci n'a pas été faite suivant les plans arrêtés.

69. Dans tous ces cas la question est de savoir si le défendeur peut refuser de livrer la prestation qu'il s'est engagé à fournir lors de la conclusion du contrat, jusqu'à ce que le vice infectant la prestation qu'il a reçue ait disparu, et, si ce droit lui est accordé, à qui incombera en définitive la charge de la preuve. C'est toujours, on le voit, cette question de preuve qui forme le pivot de toutes les discussions, parce qu'elle est pratiquement la plus importante de toutes.

70. Pour bien déterminer la question que nous étudions, il convient d'écarter du débat certaines circonstances accessoires qui pourraient nous faire perdre de vue la solution que nous cherchons.

71. Et d'abord, il y a un point sur lequel tout le monde semble être d'accord. Quand le défendeur a accepté expressément la prestation du demandeur comme régulière et conforme aux clauses et conditions du contrat, il ne peut plus, dans la suite, refuser d'exécuter son obligation en prétendant que le contrat a été imparfaitement exécuté par son adversaire (1).

Mais il est également certain que la simple réception, même quand la livraison a été faite à sa connaissance, et acceptée par lui, ne signifie pas que le créancier a entendu approuver le paiement comme valable et renoncer par là même à se prévaloir dans la suite des droits qui peuvent lui appartenir du fait d'un paiement irrégulier. Pour lui enlever ces droits, il faudrait que le débiteur prouvât que cette réception a été faite par le créancier dans des conditions telles

(1) Bähr, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund* (2^e édit., 1867), p. 192
Windscheid, *Pand.*, § 321, texte et note 6, p. 322; André, *op. cit.*, p. 72.

qu'il en résulte la reconnaissance pleine et entière de la validité de l'exécution.

72. Il faut remarquer aussi que l'on confond souvent avec l'*Exceptio* dite *non rite adimpleti contractus* (parce qu'il s'exerce parfois sous forme de refus de paiement), le droit qu'a le défendeur, un acheteur par hypothèse, de refuser d'exécuter sa prestation dans le but d'obtenir soit la résolution du contrat, soit la réduction de prix, soit même des dommages-intérêts quand il lui est dû garantie pour vices rédhibitoires de la chose vendue. Dans ce cas le défendeur doit prouver l'existence des conditions donnant naissance au droit dont il se prévaut ⁽¹⁾.

Mais, en réalité, il n'y a pas en l'hypothèse de véritable *Exceptio non adimpleti contractus* ou *Exceptio non rite adimpleti contractus*, selon qu'on admet ou non l'existence de cette dernière à titre indépendant : nous savons en effet que, lorsqu'il utilise le moyen de défense que nous étudions, le défendeur se réclame purement et simplement des clauses et conditions du contrat, dont il se borne à demander l'exécution préalable ou tout au moins simultanée à son adversaire.

Et voici les conséquences de cette remarque.

Si la chose vendue est une chose *in genere*, et si celle que le vendeur a livrée ne possède pas les qualités prévues lors du contrat, l'acheteur aura le droit de refuser le paiement du prix jusqu'au moment où son adversaire aura livré une autre chose, conforme celle-là au type spécifié.

Si, au contraire, la chose vendue est une *res in specie*, un corps certain, l'acheteur ne pourra utiliser notre exception pour obtenir une chose autre, puisqu'il ne peut utiliser le moyen de défense dont s'agit pour contraindre son adver-

(1) Windscheid, *loc. cit.*, *supra*, note 7, p. 322.

saire à modifier le contrat en sa faveur. Il ne lui sera possible d'invoquer cette exception que dans le cas où le vice qui infecte la chose serait susceptible de disparaître et pour forcer le demandeur à le faire disparaître, ce qui n'est pas imposer à ce dernier une obligation autre que celle prévue au contrat.

Et c'est seulement si le vice ne pouvait être effacé, qu'il faudrait revenir aux actions résultant, au profit de l'acheteur, de l'obligation de garantie grâce auxquelles cet acheteur pourrait obtenir, comme nous l'avons vu, la résolution du contrat, la réduction de prix ou suivant les cas des dommages-intérêts ⁽¹⁾.

73. Le domaine de l'*Exceptio* dite *non rite adimpleti contractus*, si toutefois elle existe à titre indépendant, est ainsi bien délimité. La question s'est posée en Allemagne de savoir si elle peut être admise comme moyen de défense particulier et, dans l'affirmative, quelles conditions doivent présider à son exercice.

74. Les théories qui ont été émises au sujet du problème de l'*Exceptio* dite *non rite adimpleti contractus* se divisent en deux grands groupes : les unes admettent cette exception ; les autres en dénie l'existence.

Parmi celles-ci, il se produit encore une subdivision : alors que l'une (appelée par M. Saleilles *théorie de la Prohibition*) déclare qu'il ne peut y avoir d'exception de refus de paiement pour vices d'exécution, mais seulement pour défaut d'exécution, l'autre, qui était la théorie dominante en Allemagne au moment de la codification, prétend que les vices d'exécution ne sont autre chose que des faits d'inexécution partielle et, que dans tous ces cas, l'exception de refus de

⁽¹⁾ Saleilles, *Du refus de paiement, etc.*, n. 23.

paiement doit être admise mais sous forme de l'*Exceptio non adimpleti contractus* ordinaire.

M. André étudie en bloc les différentes opinions qui s'accordent pour dénier l'existence de l'*Exceptio* dite *non rite adimpleti contractus* ⁽¹⁾. Pour nous, nous suivrons la méthode de M. Saleilles et nous les examinerons séparément.

SECTION II

LA THÉORIE DITE DE LA PROHIBITION

75. La théorie qui répudie absolument toute exception de refus de paiement au cas de vice d'exécution, théorie dite de la prohibition ⁽²⁾, limite l'influence de l'exception que nous étudions au cas où la livraison matérielle fait totalement défaut. Il n'y a d'exception qu'au cas d'inexécution et il n'y a d'inexécution qu'au cas d'absence totale de livraison matérielle. Mais une fois cette livraison effectuée, rien ne peut plus donner lieu à une exception de refus de paiement, car il ne peut plus alors s'agir que de vices d'exécution.

76. Sans doute, au fur et à mesure que les besoins l'exigeaient, que les relations commerciales se multipliaient, on a créé des palliatifs destinés à remédier aux inconvénients et aux dommages que les vices ultérieurement révélés infligeaient à l'acheteur. La théorie de la garantie s'est ainsi peu à peu élaborée de façon toute empirique et subsidiaire. Mais tout cela prouve bien que ces ressources procurées à l'acqué-

(1) André, *op. cit.*, p. 52 et suiv. — M. Saleilles, tout en adoptant les mêmes résultats que M. André, a fait vraiment seul l'exposé dogmatique de toutes ces théories. M. Kahane reproche d'ailleurs à l'auteur allemand d'avoir, en bon disciple de Ihering, réellement mis trop de zèle à se garder de toute construction logique (Kahane, *loc. cit.*, p. 254).

(2) Nous maintiendrons cette expression pour plus de commodité, tout en reconnaissant qu'elle est loin d'être claire et explicite.

reur d'une chose défectueuse ne dérivent pas du contrat, mais d'une disposition légale qui ne peut être étendue en dehors des hypothèses pour lesquelles la loi a expressément statué. Il n'y a donc lieu, une fois la livraison effectuée, ni à l'*Exceptio non adimpleti contractus* puisqu'elle suppose l'inexécution complète et qu'il y a eu exécution, ni à l'*Exceptio non rite adimpleti contractus* puisqu'elle irait se perdre parmi les moyens inventés pour réparer les vices qui se seraient révélés après la livraison.

En définitive, la livraison étant accomplie, le débiteur a rempli l'engagement qu'il avait pris lors de la conclusion du contrat. Ce n'est donc pas en se basant sur le non-accomplissement des clauses et conditions de ce contrat que le créancier peut recourir contre lui, mais en vertu d'une sorte de faveur légale qui ne comporte pas cependant au profit de ce créancier une exception tirée du défaut d'accomplissement de la convention.

77. Cette théorie, qui ne semble peut-être pas très juste si l'on s'en rapporte à l'intention normale des parties, — (puisque l'acheteur par hypothèse a bien compté, non seulement sur la livraison matérielle de la chose, mais surtout sur la livraison de cette chose dans les conditions prévues au contrat, avec toutes les qualités qui lui ont été alors promises), — prétend cependant trouver un appui très sûr dans l'histoire de la garantie ⁽¹⁾. Et d'habitude, quand on raisonne en matière de garantie, c'est la vente que l'on prend comme exemple, bien qu'en réalité il y ait lieu à garantie toutes les fois qu'il s'agit d'une convention dont l'objet est de procurer un droit à autrui.

⁽¹⁾ Sur tous ces points V. Windscheid, *Pand.*, § 389, II, p. 651 ; Brinz, *Pand.*, § 280, II (édit. 1879), p. 334 et suiv. ; André, *op. cit.*, p. 61 et suiv. ; Saleilles *Du refus de paiement, etc.*, n. 25 et suiv.

78. Or l'origine de l'évolution se trouve à l'époque où la mancipation était une vente au comptant dont le prix était réellement pesé. Comme le vendeur recevait immédiatement une chose sur la valeur de laquelle aucune erreur ne pouvait subsister, alors que l'acheteur pouvait être dans la suite évincé, s'il acquérait d'un non-propriétaire, on créa au profit de cet acheteur l'*actio auctoritatis*, en paiement du double du prix quand l'éviction venait à se produire avant qu'il eût usucapé.

Cette action était fondée très probablement sur l'idée de délit, et en cette matière, comme en beaucoup d'autres, le droit primitif s'était attaché à substituer à la vengeance privée de la victime le paiement d'une composition légale.

Il est probable, en tous cas, qu'à cette époque, antérieure à la loi des XII Tables, puisque la pesée était encore réelle, le législateur ne songeait guère à organiser la théorie complexe et raffinée de la garantie ⁽¹⁾.

Ce n'est pas en effet parce qu'il avait manqué à ses engagements que le vendeur pouvait être atteint par l'action *auctoritatis*. Car, la livraison matérielle ayant été réalisée par son fait, ce vendeur avait rempli l'obligation que le contrat lui imposait : *possessionem tradere*. Mais c'est plutôt en invoquant une fraude commise par son adversaire que l'acheteur pouvait être fondé à agir contre lui.

Et le *possessionem tradere* se limitait si bien à la simple livraison matérielle que l'on fut obligé d'inventer, pour le cas où l'action *auctoritatis* ferait défaut par suite de la non validité de la mancipation, d'autres garanties contre l'éviction : *stipulatio duplæ* ou promesse *rem habere licere*. Mais dans toutes ces hypothèses, c'est en vertu d'un acte distinct

⁽¹⁾ Girard, L'action *auctoritatis*, dans la *Nouv. rev. hist. de dr. franç. et étrang.* (année 1882), p. 213.

du contrat de vente que l'acheteur avait droit à une indemnité.

79. La garantie des vices a subi sensiblement la même évolution que la garantie d'éviction, bien qu'ici cette évolution ait été singulièrement influencée par l'initiative des Ediles Curules.

80. En résumé, ce n'est pas par voie d'interprétation de la volonté présumée des parties lors de la formation du contrat que la théorie de la garantie s'est élaborée. Mais on a paré au fur et à mesure des besoins pratiques, par des dispositions légales successives, aux inconvénients résultant, pour le créancier, d'une exécution défectueuse. L'exécution du contrat s'est toujours bornée au fait de la livraison matérielle. Et Laurent semble bien être partisan de cette idée quand il écrit que « l'acheteur n'a aucune action contre le vendeur à raison des défauts de la chose, sauf quand ces défauts constituent des vices rédhibitoires, et la loi détermine quels sont les effets de ces vices. L'acheteur n'a donc pas d'autres droits que ceux que la loi lui reconnaît » (1).

81. D'après la théorie « prohibitive », « ce développement historique des droits spéciaux, résultant de la vente et venant s'adjoindre successivement, comme autant d'obligations spéciales, au contenu de l'obligation primitive, correspond aux instincts populaires... et aux nécessités de la pratique ». D'une part, en effet, il rentrerait dans la conception courante du paiement de le considérer comme restreint au fait de la livraison matérielle; d'un autre côté, la simplicité du criterium entre l'exécution et l'inexécution donnerait satisfaction aux besoins de la vie pratique (2).

82. D'ailleurs, nous savons que l'*Exceptio dite non rite*

(1) Laurent, *Princip. de dr. civ.*, XXIV, n. 291.

(2) Saleilles, *Du refus de paiement, etc.*, n. 26.

adimpleti contractus, si elle était admise, conduirait à un résultat inacceptable. Celui qui s'en prévaudrait pourrait ainsi refuser de payer, alors cependant que son co-contractant aurait, tout au moins matériellement, exécuté son obligation. Et même si on n'imposait pas au demandeur la preuve de l'absence du vice allégué, on ferait encore au défendeur la part trop belle, puisqu'il pourrait, en soulevant continuellement des difficultés, se ménager un terme pour retarder indéfiniment son paiement.

83. La « théorie de la prohibition » étant ainsi, d'une part, conforme à la tradition et donnant, d'autre part, satisfaction aux besoins pratiques, il semble bien qu'il n'y ait aucune difficulté à l'admettre et qu'on doive reconnaître avec elle qu'il n'existe qu'une *Exceptio non adimpleti contractus*, strictement limitée aux cas d'absence totale d'exécution.

84. Cependant, il est certain que cette théorie interprète dans un sens trop rigoureux le « *possessionem tradere* ». « Les Romains, dit M. André, ne s'en sont pas tenus à ce point de vue. Au cas d'exécution défectueuse de la part du vendeur, ils permettent à l'acheteur de retenir son prix et de se défendre ainsi contre une exécution de l'obligation non conforme au contrat ». Et l'auteur invoque à l'appui de son opinion des lois romaines déjà citées, la l. 5, § 4, D., XIX. 4 et la loi 5, C., VIII. 44 (45) et particulièrement la dernière, où il est expressément écrit que l'acheteur, au cas de menaces d'éviction, peut non seulement intenter une action mais encore se prévaloir d'une exception. « Certes, ces textes ne visent qu'une *traditio* défectueuse et non point d'autres vices infectant la prestation. Mais rien ne nous empêche d'en tirer le principe général que nous avons posé. D'ailleurs la loi 59, § 1, D., XXI. 1, est également conçue en termes généraux : « Si quis duos homines uno pretio emerit, et alter in ea causa

est ut redhibeatur, deinde petatur pretium totum exceptio erit objicienda ». Il serait arbitraire d'admettre qu'il y a lieu dans ce cas à une *exceptio evictionis imminensis* ou *redhibitionis* particulière. Le renvoi à une *exceptio mercis non traditæ*, et la désignation de cette exception comme *exceptio doli*, indiquent plutôt qu'il s'agit d'un principe général ⁽¹⁾.

Ainsi même en droit romain, la livraison matérielle effectuée n'empêche pas qu'on puisse invoquer une *Exceptio non adimpleti contractus* ou une *Exceptio non rite adimpleti contractus*. Ce qui prouve bien que la théorie dite « de la prohibition » comprend trop strictement le *possessionem tradere*, et qu'il y a lieu pour l'acheteur, même après la livraison, d'utiliser d'autres ressources que les actions dérivant de la garantie.

85. L'histoire de la garantie, telle que la présente la théorie que nous examinons, n'est pas complète, et pour la compléter, il faut faire remarquer que le droit romain n'en est pas resté à la notion rudimentaire du *Possessionem tradere*. « L'acheteur, dit M. André, veut évidemment recevoir la chose achetée, mais il désire surtout avoir en sa possession d'une façon durable une chose conforme au type contractuel et exempte de vices » ⁽²⁾. C'est en vertu de cette idée que l'on admit que, dans tous les cas où la chose vendue appartenait au vendeur, la simple tradition ne pouvait libérer ce dernier qu'autant qu'elle suffisait à transférer la propriété à l'acheteur : car si le vendeur n'est pas astreint à donner plus de droits qu'il n'en a lui-même, il doit tout au moins se dépouiller au profit de l'acheteur de tous ceux qu'il a ⁽³⁾.

On finit par donner à l'acheteur l'action même du contrat,

⁽¹⁾ André, *op. cit.*, p. 63.

⁽²⁾ André, *op. cit.*, p. 62.

⁽³⁾ Girard, *Manuel*, p. 548; Windscheid, *Pand.*, § 389, note 8 b, p. 654.

l'action *empti*, pour réclamer au vendeur la promesse du double si elle avait été oubliée au moment du contrat, ou la promesse *habere licere*, et on admit même qu'il pouvait tenir cette promesse pour sous-entendue, en se servant, lors de l'éviction, de l'action *empti*, pour obtenir l'indemnité que lui aurait procurée la promesse expressément faite ⁽¹⁾.

D'un autre côté, l'action *empti*, sous l'influence de l'Edit des Ediles et en partant de l'idée de plus en plus féconde de bonne foi, en vint à concourir en matière de garantie des vices avec les actions édiliciennes. Le vendeur fut considéré comme responsable, en vertu même du contrat, des vices qu'il avait connus et dissimulés et peut-être, si l'on en croit M. Accarias, un jour serait venu où cette même action *empti* aurait été réputée comprendre même la garantie des vices rédhibitoires que le vendeur avait ignorés ⁽²⁾.

Ainsi donc l'action du contrat finit par sanctionner l'absence des qualités que les parties avaient eues expressément ou tacitement en vue en contractant. Cette absence de qualités prévues constituait un fait d'inexécution. L'exécution ne se bornait donc plus au simple *possessionem tradere*.

86. Ce n'est pas à dire que la garantie ait par là perdu son caractère d'institution distincte. Elle procurait encore suffisamment d'avantages particuliers à l'acheteur, notamment ceux dérivant de la *stipulatio duplæ* et des actions édiliciennes, pour subsister à l'état indépendant. Dans tous les cas où elle faisait double emploi avec l'action *empti*, elle se bornait à renforcer les droits de l'acheteur, ce qui était loin d'être inutile au moment où les relations commerciales se multipliaient, s'effectuaient avec rapidité et sans aucun formalisme.

87. Considérer d'ailleurs le fait, par le vendeur, de ne pas

⁽¹⁾ Girard, *op. cit.*, p. 553; Accarias, *Précis de droit rom.*, II (édit. 1891), n. 606.

⁽²⁾ Accarias, *Précis*, II, p. 298, note 1.

fournir à l'acheteur une possession paisible et durable comme un cas d'inexécution du contrat est conforme non seulement à l'évolution historique, mais à l'intention probable des parties à toutes les époques où les relations commerciales sont suffisamment développées et assouplies.

88. Il faut bien remarquer, en outre, que, dans la majorité des dispositions qu'il édicte en la matière des obligations, le législateur, quel qu'il soit, statue par interprétation de la volonté normale et raisonnable des parties, de *eo quod plerumque fit*. Or ce législateur se serait-il trompé en interprétant cette volonté, qu'il serait toujours loisible aux parties d'écarter la disposition légale par une clause expresse, qui bientôt, sous entendue dans toutes les conventions, finirait par passer à l'état d'usage. C'est un argument de plus contre la « théorie de la prohibition »,

89. Cette théorie se trouve également en défaut en matière de dettes de genre. Tout le monde admet, pour ce cas, que la chose livrée en paiement doit avoir les qualités prévues au contrat. En partant de cette idée, certains auteurs soutiennent que pour qu'il y ait paiement, il faut que la chose fournie possède les qualités nécessaires, sinon il n'y a pas du tout livraison effectuée et le créancier peut exiger une autre chose possédant cette fois les qualités sur lesquelles il comptait. Certainement il faut mettre à part les cas où la livraison aurait été acceptée en connaissance de cause. Mais cette hypothèse spéciale étant écartée, du moment que le créancier prétend n'avoir pas reçu le type contractuel, tout se passe pour lui comme si la livraison matérielle n'avait pas eu lieu⁽¹⁾.

Sans doute on a pu prétendre qu'il « faut traiter la question de garantie des vices en matière de dettes de genre comme

(1) Windscheid, *Pand.*, § 394 et surtout notes 20, 21 et 22, p. 693 et suiv.

s'il s'agissait d'une obligation de corps certain... Le créancier, en acceptant l'objet, consent à le recevoir à titre de paiement, et il se forme comme un nouveau contrat ayant trait à la spécialisation de la dette, excluant par conséquent toute demande en livraison d'un autre objet » ⁽¹⁾. Dans ces conditions, si des vices se déclarent le créancier aura le simple choix entre les actions édiliciennes et l'action en dommages-intérêts pour inexécution (cf. art. 463 C. civ. all.).

Mais, outre que cette dernière opinion ne soit peut-être pas susceptible de triompher puisque le code allemand (art. 480) donne au créancier qui a reçu une chose défectueuse le choix entre les actions édiliciennes et la livraison d'un autre objet, on peut bien admettre que si la chose livrée n'a pas les qualités au moins essentielles qui caractérisent le genre visé au contrat, ou les qualités spécialement déterminées lors de la conclusion de la convention, la livraison qui en serait faite ne pourra en aucune façon équivaloir à paiement. A plus forte raison en sera-t-il de même quand la chose n'aura pas la contenance indiquée ou ne sera pas fournie en la quantité stipulée. Evidemment dans tous ces cas « la théorie de la prohibition » se trouve en défaut et il semble bien qu'on ne puisse prétendre avec elle qu'une fois la livraison effectuée l'exécution est consommée, d'où il suivrait que celui qui a reçu la chose livrée ne pourrait plus opposer aucune exception pour refuser la prestation qui lui incombe.

90. Mais la « théorie de la prohibition » n'est pas encore terrassée et M. Saleilles ⁽²⁾ s'est attaché à la combattre sous toutes les formes qu'elle pouvait présenter.

91. Le point de départ du système est le suivant : il n'y a

⁽¹⁾ Saleilles, *Obligation* (2^e édit.), n. 229. — Cf. Windscheid, *Pand.*, § 394, note 22-b), p. 694 et 695.

⁽²⁾ Saleilles, *Du refus de paiement, etc.*, n. 35 et suiv.

d'exception de refus de paiement qu'au cas d'inexécution. Or, une fois la livraison matérielle effectuée, il y a eu exécution; il ne peut plus s'agir désormais que de vices d'exécution. Donc, après la livraison faite, notre exception ne peut plus être admise.

Cependant, on vient de voir qu'il y a des hypothèses où, une fois la livraison effectuée, on peut dire encore qu'il y a inexécution.

Dès lors, le système perd sa netteté primitive. Nous sommes toujours en présence du principe qu'il n'y a d'exception de refus de paiement qu'au cas d'inexécution proprement dite, mais nous n'avons plus le criterium très simple et très sûr de la livraison effectuée pour distinguer les cas où il y a inexécution de ceux où il y a simplement vices d'exécution. La question se pose donc sous une forme nouvelle. Doit-on faire, pour déterminer le domaine de notre exception, une distinction entre l'inexécution et les vices d'exécution? Et si cette distinction doit être admise, quel en sera le criterium?

92. Au préalable, il importe de bien préciser ce qu'on entend d'ordinaire par vice d'exécution. A cet égard, on peut s'en référer au criterium que le législateur français a donné au juge dans l'article 1641 : « Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou n'en aurait donné qu'un moindre prix s'il les avait connus ». On ne doit donc tenir compte que des défauts graves et cela dans l'intérêt même du commerce, pour maintenir autant que possible la stabilité des contrats (¹). On peut d'ailleurs prendre cette définition de l'article 1641 comme

(¹) Baudry-Lacantinerie et Saignat, *Vente*, 2^e édit., n. 417.

criterium du vice rédhibitoire, pour quelque prestation et à l'occasion de quelque contrat que ce soit.

93. Les partisans de la « théorie de la prohibition » pouraient tout au moins, en classant les vices rédhibitoires selon leur importance, espérer trouver une base plus solide à leur distinction que celle qu'ils avaient cherchée dans le fait de la tradition matérielle. Parmi les vices, on peut distinguer, en effet, ceux qui rendent la chose impropre au service que le créancier en attendait et ceux qui, sans produire ce résultat extrême, viennent profondément diminuer l'utilité de cette chose, — les premiers (qui constituent des cas d'inexécution) donnant lieu à l'action en résolution, les autres simplement à l'action en réduction de prix.

94. Cette distinction, un arrêt de notre Cour de cassation paraît bien la faire, quand il déclare « qu'en matière commerciale, l'acheteur peut demander la résolution de la vente lorsque la qualité de la marchandise livrée n'est ni loyale ni marchande, encore bien qu'il ait été convenu que si la marchandise n'était pas conforme à l'échantillon, il y aurait lieu seulement à diminution de prix, les parties étant censées avoir entendu, en traitant, que la marchandise devrait être dans tous les cas loyale et marchande » (1).

L'intéressé, ayant lui-même le choix entre les deux actions édiliciennes, détermine, en consommant son choix, le caractère du vice dont il se plaint (2). Mais, de ce que le classement des

(1) Cass., 18 fév. 1861, S., 64. 1. 232. — Cf. Brinz, *Pand.*, II, 2^e part., §§ 327 et surtout 327 a. — Cass., 6 fév. 1889, S., 92. 1. 360.

(2) D'après les idées des rédacteurs du P¹ code civil allemand, ce choix était irrévocable et toujours assuré à celui qui était appelé à l'exercer, sans que le juge ait le droit, en lui imposant telle action, de lui interdire l'exercice de l'autre (Saleilles, *Obl.*, n. 216). Le code fédéral suisse des obligations admet sur ce dernier point la solution contraire, en permettant au juge, s'il croit que la demande en résiliation n'est pas justifiée par les circonstances, de forcer le demandeur à se

vices lui soit confié, il ne s'ensuit pas moins que la distinction existe : son existence ressort de la double définition donnée des vices rédhibitoires et de la dualité d'action qui se trouve correspondre à cette définition.

Dès lors, l'exception de refus de paiement ne sera admise qu'en ce qui concerne les vices contre lesquels l'action résolutoire est ouverte et qui constituent des faits d'inexécution proprement dite.

95. Cependant voici ce qu'on pourrait objecter à cette nouvelle forme de la théorie que nous exposons.

96. Dans une législation qui craint l'arbitraire du juge, c'est une question bien délicate que de soumettre à l'appréciation des tribunaux les cas où l'exception de refus de paiement pourrait ou non être invoquée par le défendeur, alors qu'on n'a pas voulu le faire quand il s'agit du choix même de l'action ⁽¹⁾.

97. A ce premier argument, fondé sur une politique juridique conforme aux traditions allemandes, si elle ne répond pas aux tendances françaises, on peut en ajouter un autre puisé dans les particularités de l'action en dommages-intérêts. Celui qui exerce cette action en alléguant l'existence d'un vice invoque les effets ordinaires des contrats, se prévalant de l'inexécution de l'obligation.

Or dans la plupart des législations, cette action en dommages-intérêts n'est accordée que dans des cas exceptionnels et bien déterminés. L'article 1646 du code civil français l'accorde au cas de dol du vendeur, l'article 385 P¹ et après lui l'article 463 du code civil allemand, également au cas de

contenir de la réduction du prix, ce qui semble bien être également la tendance de la jurisprudence française (Code féd., art. 250 et 251). Cass., 1^{er} décembre 1875, D., 77. 1. 450.

⁽¹⁾ V. n. 94 et les notes.

dol, et en outre quand il manque à la chose une qualité expressément stipulée.

On la refuse au contraire sans distinguer entre les vices rédhibitoires pour ce qui est des vices cachés et ignorés du vendeur.

Pourquoi cette différence entre les vices déclarés et les vices cachés dans des législations qui n'ont plus souci de la forme?

Il est impossible, au point de vue de la garantie des vices qui détruisent la destination contractuelle, de faire une différence entre l'obligation tacite qui se réfère aux vices cachés et l'obligation expresse qui se rapporte aux vices déclarés. L'inexécution de l'une ou de l'autre constitue un défaut proprement dit d'exécution du contrat. Et comme en exerçant l'action en dommages-intérêts on se prévaut de l'inexécution du contrat, on devrait donc l'accorder à qui invoque un vice caché comme à qui allègue un vice déclaré.

Pourquoi cette différence qu'on trouve faite cependant par le droit positif? « C'est sans doute, dit M. Saleilles, que l'admission de l'action en dommages-intérêts n'est pas la caractéristique du défaut d'exécution » puisque certains vices non déclarés, pour lesquels elle n'est pas accordée, constituent des faits d'inexécution. Il faut donc conclure de toutes ces observations « que tous les vices non déclarés ont été mis sur la même ligne, sans distinction en ce qui touche leur importance respective, et que les mêmes moyens juridiques qui s'appliquent à l'un doivent s'appliquer à tous les autres : qu'à tous les points de vue par conséquent la loi a voulu empêcher toute recherche sur le caractère du vice lui-même, la jugeant impossible ou de nature à entraîner des appréciations arbitraires. Cette égalité de situation..., il est impossible qu'elle n'existe pas, de par la volonté de la loi elle-même,

en ce qui touche l'admissibilité de notre exception » ⁽¹⁾.

En définitive, tous les vices non déclarés sont mis sur le même pied par le droit positif. Il n'y a aucune distinction à faire entre eux et pour tous il faut rejeter ou admettre l'exception de refus de paiement. La classification entre les vices, au point de vue de leur importance, en tant qu'elle donnerait un criterium à la « théorie de la prohibition », est par là même condamnée.

98. Mais alors s'offre un autre criterium aux partisans de cette théorie : admettre l'exception de refus de paiement simplement pour les vices déclarés et la rejeter complètement pour les vices cachés et ignorés du vendeur. Par là même on ne fait plus aucune distinction entre les vices non déclarés et on évite ainsi, grâce à ce criterium purement formel, selon l'expression même de M. Saleilles, les critiques que l'on pouvait adresser au criterium rationnel que nous avons précédemment indiqué. Et il semble bien que cette nouvelle base de distinction soit à la fois très simple et très juridique ; très simple parce qu'il suffira de se référer aux clauses mêmes du contrat, très juridique puisque l'action en dommages-intérêts, qui est, nous le savons, l'action même du contrat — analogue à l'ancienne action *empti*, donnée seulement celle-ci pour assurer l'exécution du contrat ou indemniser pleinement l'acheteur ⁽²⁾, — n'est pas admise par les législations positives au cas de vices non déclarés. C'est donc que ceux-ci ne constituent pas des faits d'inexécution, mais de simples vices d'exécution, et dans ces conditions il n'y a pas lieu de permettre, à qui les allègue, d'invoquer l'exception de refus de paiement à leur occasion, car cette exception suppose qu'il y a inexécution proprement dite.

⁽¹⁾ Saleilles, *Du refus de paiement, etc.*, n. 39.

⁽²⁾ Accarias, *Pr. de dr. rom.*, II, n. 609.

Cependant, si l'on adopte l'ingénieuse explication que donne M. Saleilles de cette différence que le droit positif fait entre les vices déclarés et non déclarés, on s'aperçoit que l'argument que peut tirer de cette différence la « théorie de la prohibition » s'effondre comme les autres, et que le criterium formel, si séduisant à l'apparence, ne résiste pas à un examen sérieux.

99. L'action en dommages-intérêts peut être accordée à l'acheteur quand il y a dol du vendeur, c'est-à-dire quand celui-ci connaissait les vices et ne les a pas déclarés. Dans ce cas, le vendeur répond non seulement du dommage positif, c'est-à-dire de la perte que l'acheteur subit à garder une chose défectueuse, mais encore, suivant les cas, du dommage négatif évalué au montant de l'intérêt que cet acheteur aurait eu à ne pas contracter, ce que les Allemands appellent *negative Vertrages Interesse*, et ce que Demante nommait dommage *propter rem ipsam non habitam* ⁽¹⁾.

Dans le cas d'existence de vices ou d'absence de qualités expressément prévus au contrat, la responsabilité du vendeur s'atténue, elle ne comprend plus sans doute la réparation du dommage négatif, que le vendeur soit ou non en faute, du moins dans la législation du premier projet et du code civil allemand, mais cette responsabilité est encore supérieure à celle qui incombe au vendeur du fait de l'apparition de vices ignorés de lui ⁽²⁾ (cf. art. 463 C. civ. allemand).

Cette responsabilité extraordinaire du vendeur s'explique dans le premier cas parce qu'il a commis une faute grave en contractant et en exécutant, dans le deuxième cas parce qu'il a promis garantie expresse, d'où l'on présume qu'il a

⁽¹⁾ Colmet de Santerre, VII, *Vente*, n. 83 bis.

⁽²⁾ Saleilles, *Obligation*, n. 217, p. 236 et suiv.

entendu promettre réparation intégrale de toutes les conséquences directes de l'inexécution.

100. S'agit-il au contraire de vices cachés que le vendeur a ignorés? On ne peut reprocher au débiteur aucune négligence, à moins d'admettre, avec Pothier et beaucoup d'auteurs après lui ⁽¹⁾, qu'il est tenu à dommages-intérêts « quand même il aurait absolument ignoré le vice de la chose vendue », lorsque « c'est un ouvrier ou un marchand qui vend des ouvrages de son art ou du commerce dont il fait profession ».

Mais, en dehors de ce cas spécial, et sans nous arrêter aux discussions qu'il soulève en ce qui concerne l'étendue de la présomption, il paraît bien qu'il n'y a pas, d'une manière générale, en matière de vices cachés, de négligence ni d'omission à reprocher au vendeur : d'une part, il devait livrer l'objet stipulé, puisque nous sommes en matière de corps certain; d'autre part, nous supposons que ce n'est pas son fait qui a donné naissance au vice, et enfin il ne pouvait faire disparaître lui-même ce vice, puisqu'il en ignorait l'existence.

Et, cependant, le vendeur est tenu. Mais son obligation est celle « d'un assureur » qui doit fournir « la réparation qu'il a promise et dans la mesure qu'il a acceptée » ⁽²⁾. Cette mesure peut varier selon les conventions des parties; la réparation peut être à leur gré intégrale ou restreinte. Le législateur ne fait en général que statuer *de eo quod plerumque fit* : il supplée au silence des contractants en présumant, sauf clause contraire, qu'ils s'en sont tenus aux actions édilicien-

(1) Pothier, *Vente*, n. 214; Troplong, *Vente*, II, n. 574; Aubry et Rau, § 355 *bis*, note 17, 5^e édit., V, p. 113; Guillouard, *Vente*, I, n. 462; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *Vente*, n. 436.

(2) Saleilles, *Du refus de paiement, etc.*, n. 44.

nes (art. 1644 C. civ. fr.; art. 462 C. civ. all.; art. 249 C. féd. suisse).

101. Mais, *dès lors que les parties peuvent en augmenter l'étendue à leur gré, peu importe la portée restreinte de la garantie. Cela ne signifie pas que, dans tous les cas, il n'y ait pas inexécution, aussi bien en matière de vices cachés et ignorés du vendeur qu'en matière de vices déclarés*, que le vendeur soit tenu d'une obligation tacite ou d'une obligation expresse. En effet, si le vice non déclaré rend la chose impropre à la destination prévue au contrat, il s'y réfère une obligation de garantie à la charge du vendeur, qui est sous-entendue, sans doute, mais qui n'en est pas moins, dans nos législations non formalistes, l'accessoire forcé de l'obligation principale née du contrat, qui n'en constitue pas moins une obligation contractuelle imposée au vendeur au même titre que celle qu'il aurait pu assumer expressément lors de la conclusion de la convention ⁽¹⁾.

102. Et si l'on accorde l'action en dommages-intérêts dans le cas de garantie expresse et non dans l'autre cas, cela ne peut plus s'expliquer comme dans une hypothèse que nous avons préalablement examinée, celle du *dol* du vendeur, par une idée de faute du débiteur, mais par la portée plus ou moins grande de la garantie, *parce que, dans un cas, les parties ont pu entendre cette garantie d'une réparation intégrale, et, dans l'autre d'une réparation restreinte*. Mais dans l'un et l'autre cas, et dans la mesure indiquée, la responsabilité contractuelle du vendeur est engagée.

103. Cette obligation née du contrat, expressément ou tacitement à la charge du vendeur, a surtout pour objet la réparation du dommage causé à l'acheteur. Cependant, elle

⁽¹⁾ Accarias, *Pr. de dr. rom*, II, n. 609 bis; Pothier, *Vente*, n. 202; Colmet de Santerre, VII, n. 83 bis.

doit tendre également, dans les limites du possible, à empêcher ce dommage de naître, en tous cas, à l'empêcher de subsister si le vice, quel qu'il soit, dont la chose livrée est infectée, est susceptible de disparaître grâce aux soins du débiteur. Cette obligation de faire, mise à la charge de ce débiteur comme l'accessoire forcé de l'obligation principale née du contrat, il ne peut se refuser à l'exécuter, sinon il y a de sa part un fait d'inexécution qui permettra au créancier d'opposer à sa demande notre exception de refus de paiement.

104. De tout ceci il faut conclure qu'on ne peut admettre qu'il y ait, au point de vue de notre exception, des vices d'exécution qui soient différents des faits d'inexécution proprement dits et pour lesquels vices cette exception doive être rejetée. Nous savons au contraire que tous les vices rédhibitoires constituent, au point de vue où nous nous plaçons, des faits d'inexécution proprement dite pouvant donner lieu, au profit de l'acheteur, à l'action du contrat, opposée à la demande du vendeur sous la forme d'une exception. Et « la théorie de la prohibition », avec toutes ses distinctions successives, se trouve ainsi complètement terrassée.

SECTION III

LA THÉORIE DOMINANTE

105. La théorie dominante en Allemagne ⁽¹⁾ au moment de la codification, consacrée, croyons-nous, par le législateur de 1896 ⁽²⁾, adopte le même point de départ que la « théorie de la prohibition » en ce qu'elle nie l'existence d'une *Excep-*

⁽¹⁾ V. Bibliog. dans Windscheid, *Pand.*, § 321, note 3^a, II, p. 321.

⁽²⁾ V. *infra*, n. 195 et suiv.

tio non rite adimpleti contractus, c'est-à-dire d'une exception fondée sur un vice d'exécution. Mais elle s'en sépare en ce que, là où la « théorie de la prohibition » voyait un simple vice d'exécution, elle voit, elle, un cas d'inexécution partielle du contrat. Elle admet donc qu'il y a lieu, pour le débiteur poursuivi en paiement alors qu'il a reçu une prestation défectueuse, d'invoquer l'exception de refus de paiement, et comme elle n'en connaît qu'une seule, l'*Exceptio non adimpleti contractus* ordinaire, elle l'admettra en tout état de cause.

106. Mais il faudra alors prendre cette exception telle qu'elle existe, c'est-à-dire avec la particularité qui la distingue en matière de preuve. Or, pour ce qui est de l'*Exceptio non adimpleti contractus*, le défendeur n'a rien à prouver. Il n'a tout au plus, d'après l'opinion d'Heerwart, qu'à se prévaloir de l'existence d'un contrat synallagmatique. C'est ensuite au demandeur à démontrer que la dette qu'on lui oppose n'existe plus. Cette règle en ce qui concerne la preuve, on doit l'admettre également quand le défendeur invoque notre exception en prétextant l'existence d'un vice survenu ultérieurement, après la livraison de la chose vendue. Ce sera donc en définitive au demandeur qu'incombera la charge de prouver l'inexistence du vice allégué par le défendeur pour retarder son paiement ⁽¹⁾.

107. Comme le fait observer M. Saleilles, étant donné le point de départ de la théorie dominante, — assimilation du simple vice à l'inexécution proprement dite — rien n'est plus logique que la solution que nous venons d'exposer, à condition toutefois de remarquer qu'il en serait tout autrement si, au lieu de forcer simplement le demandeur à faire disparaî-

(1) V. Windscheid, § 321, notes 4 et suiv, II, p. 321 et suiv. ; André, *op. cit.*, p. 53.

tre le vice, le défendeur se fondait sur l'existence de ce vice pour demander à son co-contractant un dédommagement du préjudice causé par suite de la survenance de ce vice, en mettant par exemple en mouvement les actions édiliciennes. Dans ce cas la charge de la preuve lui incomberait. Windscheid exprime cette idée avec sa précision habituelle : « La preuve est toujours imposée au défendeur quand les objections qu'il élève contre la qualité de la prestation à lui faite constituent non pas tant une dénégation de l'exécution de l'obligation mise à la charge du demandeur, qu'une allégation de faits d'où naît pour le défendeur une action nouvelle » ⁽¹⁾.

Ainsi le défendeur réclame-t-il simplement l'exécution intégrale du contrat ? Il a pour cela l'*Exceptio non adimpleti contractus* ordinaire. Veut-il se prévaloir de droits spéciaux ? Il doit mettre en mouvement des actions particulières. Nulle part il n'y a place pour une exception indépendante et originale qui serait l'*Exceptio non rite adimpleti contractus*.

108. Cette théorie, séduisante par son allure logique et par sa simplicité, conduit à des conséquences si rigoureuses pour le demandeur que ses partisans ont eux-mêmes essayé d'en atténuer les effets. Il serait vraiment injuste que l'un des contractants pût, sans aucune peine, se ménager une situation aussi avantageuse par rapport à son adversaire que serait celle du défendeur ; ce résultat violerait ouvertement la bonne foi et l'équité et l'opinion dominante n'a pas osé l'admettre.

109. Le palliatif à la rigueur de sa théorie, elle l'a trouvé dans le fait de la *réception* ou *annahme*. Le rôle de l'annahme a été surtout mis en évidence par Bähr ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Windscheid, § 321, texte-1) II, p. 322 ; Adde, note 7 ; André, *op. cit.*, p. 53.

⁽²⁾ Bähr, *op. cit.*, p. 191 et suiv. — Cf. Windscheid, § 321, note 6, II, p. 322 et André, p. 72.

Il est bien entendu que la *simple réception* (non pas la réception de la livraison avec approbation expresse de sa régularité et de sa perfection) n'enlève pas au créancier les droits qui peuvent lui appartenir du fait de l'irrégularité du paiement. Mais la question est de savoir si cette réception ne va pas influencer sur la matière de la preuve et rétablir au profit du demandeur l'équilibre que la théorie dominante, par sa logique impitoyable, avait rompu à son détriment.

110. Entre la réception, simple fait auquel le défendeur n'a pris aucune part, qui n'implique quant à lui aucune approbation, et celle qui, expressément ou tacitement, implique acceptation définitive du paiement et par suite renonciation à se prévaloir de l'irrégularité de ce dernier, il existe une sorte de moyen-terme, une réception qui, parce qu'elle a été accompagnée d'un examen de la chose livrée, fût-il rapide et sommaire, implique que, tout au moins apparemment, le paiement effectué est régulier, bien que le destinataire de la marchandise expédiée n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'existence des vices cachés que peut-être il découvrira ultérieurement. Peu importe. Tout au moins quant à la preuve, le demandeur est, dans la dernière hypothèse, présumé avoir accompli sa prestation et il bénéficie de cette présomption parce que le défendeur a accepté le paiement comme apparemment régulier. Le défendeur n'a pas cependant perdu les droits qui lui appartenaient du fait de la défectuosité de la chose livrée, et s'il n'a pas, quand il les fera valoir, encore exécuté sa prestation, il pourra refuser de procéder à cette exécution en invoquant l'*Exceptio non adimpleti contractus*; mais cette fois la preuve du vice allégué sera à sa charge ⁽¹⁾.

(1) Windscheid, *loc. cit.*, *supra*; Saleilles, *Du refus de paiement, etc.*, n. 50.

111. Des trois hypothèses de réception que nous avons envisagées, il y en a deux seulement au sujet desquelles on puisse discuter au point de vue de la preuve, car pour ce qui est de la réception impliquant une véritable reconnaissance, elle ne peut fonctionner au profit de celui qui a livré comme une présomption qui lui épargne la charge de la preuve. Il faudra toujours en effet qu'il *démontre que la réception signifie bien reconnaissance absolue de la validité du paiement de la part du défendeur* et ce dernier est, dans ces conditions, encore exonéré de toute preuve définitive.

Restent les deux autres hypothèses de réception : celle qui n'est qu'un simple fait, et celle qui implique tout au moins reconnaissance de la validité apparente de l'exécution. La question est de savoir laquelle on va admettre à l'état de présomption, c'est-à-dire comme constituant la règle normale et de bon sens. Ihering a montré, à propos de la théorie de la possession, quel rôle important la présomption joue en matière de preuve ⁽¹⁾. Son utilité est aussi considérable en la question de paiement.

Admettra-t-on à l'état de présomption, comme constituant la règle ordinaire, la première des deux hypothèses de réception que nous retenons ? Dans ce cas, la preuve reste en tout état de cause à la charge du demandeur, car si ce dernier ne veut pas établir l'inexistence du vice allégué, il devra démontrer que la réception opérée par le défendeur implique bien un paiement valable de sa part à lui, demandeur, afin qu'en tous cas si le défendeur conteste la validité réelle du paiement effectué, à cause de la survenance d'un vice, il doive à son tour prouver son allégation.

Choisit-on au contraire la deuxième hypothèse ? La preuve

⁽¹⁾ Ihering, *Du rôle de la volonté dans la possession* (loc. cit., supra).

sera alors imposée au défendeur qui devra démontrer que la réception effectuée par lui de la chose livrée n'implique de sa part aucune reconnaissance de la validité du paiement et ce sera seulement alors au demandeur à prouver l'inexistence du vice allégué par son adversaire pour refuser son paiement.

112. On comprend combien importante est cette notion de réception, mais d'un autre côté elle est si délicate et si subtile que M. André a cru ne pas devoir chercher dans ces distinctions un criterium pour différencier l'*Exceptio non rite adimpleti contractus* de tout autre moyen de défense ⁽¹⁾.

113. D'après M. Saleilles, il n'y aurait aucune hésitation à avoir « car c'est un fait de bon sens que celui qui prend livraison et qui a reçu sans protestation la marchandise qu'on lui apporte ou le travail qu'on lui a livré, à condition bien entendu qu'il ait eu le temps matériel et la possibilité de procéder à une vérification sommaire, a reconnu la régularité apparente du paiement, et qu'il y a, de ce chef, au profit du débiteur, présomption de paiement » ⁽²⁾. Mais il paraît certain que pour Windscheid notamment c'est la première hypothèse de réception qui forme la norme ordinaire. Après avoir énuméré les cas où la preuve est à la charge du demandeur il ajoute : « Toutefois on devra rechercher si par la prise de livraison le défendeur n'a pas reconnu comme exécution la prestation qui lui a été faite » ⁽³⁾. Cette recherche à laquelle il faut procéder encore, après réception, pour savoir si celle-ci implique acceptation tout au moins provisoire du paiement, c'est le demandeur qui en fera les frais, car il devra établir, s'il veut s'exonérer de la preuve directe de l'inexistence du

⁽¹⁾ André, *op. cit.*, p. 73.

⁽²⁾ Saleilles, *Du refus de paiement, etc.*, n. 52.

⁽³⁾ Windscheid, § 321, texte I et note 6, II, p. 322.

vice, que la réception a eu ce caractère de reconnaissance au moins relative de la validité du paiement qui rejette en tous cas la preuve directe de l'existence du vice sur le défendeur. De tout cela il résulte que la théorie dominante n'impose qu'à la dernière extrémité au défendeur le fardeau de la preuve.

114. On cite ⁽¹⁾ comme constituant une dérogation à cette manière de voir de la théorie dominante en ce qui regarde la réception une disposition du code saxon (art. 863). Ce code, bien qu'il dénie avec l'opinion dominante l'existence à titre indépendant d'une *Exceptio non rite adimpleti contractus*, opposable au cas de vice d'exécution, admet qu'une fois la réception effectuée il se produit un changement en ce qui concerne la charge de la preuve. Celle-ci est imposée au défendeur. Mais il faut bien remarquer que toute réception, quelle qu'elle soit, ne lui est pas indifférente. Il faut en effet qu'avant l'exécution ou au moment où elle est effectuée, le défendeur ait été à même d'examiner l'état de la chose livrée, et n'ait fait aucune réserve au sujet de la défectuosité de l'exécution. M. Saleilles fait remarquer au sujet de cette disposition qu'on n'exige pas la preuve de la vérification et de l'inspection sommaire faite par le défendeur, mais qu'on se contente du fait que la vérification ait été possible : « par cela seul il y a présomption d'acceptation à titre de paiement, donc présomption de régularité ». Soit, mais encore faut-il qu'il soit établi en justice que le défendeur n'a fait aucune protestation ni réserve.

Le code saxon, en effet, exige deux conditions pour que l'interversion de la preuve se produise. Or, la première peut bien n'avoir pas besoin d'être démontrée directement et on peut justifier cette assertion dans la théorie de MM. André et

(1) André, *op. cit.*, p. 72; Saleilles, *loc. cit.*, *supra*.

Saleilles en disant que, d'après la nature de l'objet livré et en s'en rapportant aux usages du commerce, la présomption d'examen effectué devra s'imposer au juge, car, en matière de preuve, il faut s'en tenir au *plerumque fit* et aux habitudes ordinaires de la vie; or, il y a beaucoup de choses qu'on ne reçoit pas sans les examiner et pour lesquelles un examen rapide suffit pour persuader le destinataire de la validité de l'exécution.

Mais le code exige en outre qu'aucune réserve n'ait été faite au sujet de l'imperfection de l'exécution. C'est donc que le fait de la possibilité d'une vérification ne suffit pas pour qu'il y ait présomption d'acceptation à titre de paiement et qu'il faut tout au moins, pour aboutir à ce résultat et décharger le demandeur de la preuve de l'inexistence du vice allégué, qu'il vienne corroborer cette première présomption en prouvant soit directement, par témoins ou autrement, soit en se basant sur la conduite ultérieure du défendeur à l'égard de la chose ⁽¹⁾, que ces réserves n'ont pas été ou n'ont pas dû être faites lors de la livraison. Sauf toujours, bien entendu, preuve contraire permise au défendeur.

115. Quoi qu'il en soit, on peut résumer les données de la théorie dominante en disant qu'elle dénie l'existence d'une *Exceptio non rite adimpleti contractus*; qu'elle met la preuve de l'absence des vices pouvant infecter la prestation à la charge du demandeur en principe, sauf à celui-ci à prouver encore qu'il y a eu par le défendeur réception à titre de paiement, auquel cas il y a lieu à l'intervention de preuve au détriment du défendeur. M. Saleilles caractérise cette théorie comme étant celle de l'application extensive et absolument généralisée de l'*Exceptio non adimpleti contractus* ⁽²⁾.

⁽¹⁾ André, *op. cit.*, p. 175.

⁽²⁾ Saleilles, *Du refus de paiement, etc.*, n. 54.

116. Ses partisans se flattent de donner ainsi satisfaction aux besoins de la pratique, qui exigent, comme nous l'avons fait ressortir, que le défendeur ne puisse, au moyen d'une simple allégation, peut-être sans fondement aucun, obtenir un terme injustifié pour son exécution, parce qu'il suffira au demandeur d'établir l'existence d'une réception à titre de paiement, ce qu'il s'empressera de faire très souvent, pour rejeter sur le défendeur la preuve délicate du vice réalisé.

117. Cependant son palliatif ne peut fonctionner en maintes hypothèses, et particulièrement quand il s'agit d'obligations de faire ou de ne pas faire. Prenons l'exemple qui peut se présenter pratiquement de façon la plus fréquente. Un négociant cède son fonds de commerce en s'engageant à ne pas créer une entreprise similaire dans un rayon ou pendant un délai déterminé. Pour la théorie dominante, il n'y a que la reconnaissance par le défendeur de la validité tout au moins provisoire du paiement, fait que le demandeur doit établir, qui puisse exonérer ce demandeur de la preuve directe de l'exécution intégrale et parfaite de ses obligations. Mais, dans l'exemple que nous avons choisi, il y a une obligation tout au moins pour laquelle la réception à titre de paiement ne peut avoir lieu : celle de ne pas faire concurrence au cessionnaire prise par le cédant ⁽¹⁾, à moins qu'on ne dise, ce qui nous semble inadmissible, que cette dernière obligation ne soit présumée exécutée par le fait de la prise de possession du fonds de commerce.

118. D'ailleurs, là même où le palliatif de la théorie dominante pourrait fonctionner, il laisse une place très importante à l'arbitraire du juge, parce qu'il donne lieu aux appréciations les plus difficiles et les plus délicates ⁽²⁾.

⁽¹⁾ André, *op. cit.*, p. 72 et 73.

⁽²⁾ Saleilles, *Du refus de paiement, etc.*, n. 58.

119. L'exemple le plus typique, à cet égard, peut nous être fourni par une hypothèse que nous avons déjà signalée, celle de la location d'une barque à l'occasion des fêtes de la Pentecôte. Le défendeur, spéculateur malheureux, a bien pu se ménager par témoins la preuve que la barque fournie était sale ou trop petite, et que c'est cette apparence défectueuse, et non le mauvais temps, qui avait détourné d'elle le choix des promeneurs.

Admettons que, de son côté, le propriétaire de la barque ne puisse prouver que son adversaire ait accepté le bateau en tant qu'il est conforme au type contractuel, parce que, comme le dit M. Saleilles, il y a eu, en l'espèce, « réception imposée », c'est-à-dire effectuée tout à fait au dernier moment, « à prendre ou à laisser ». Il ne lui reste plus (pour forcer son adversaire à payer, si on l'oblige avec la théorie dominante à fournir la preuve définitive) qu'à établir directement que les vices allégués par le défendeur n'existaient pas. Comment pourra-t-il faire cette preuve, c'est-à-dire se placer dans les conditions précises où fonctionnait ce jour-là le bateau loué? Comment distinguer ce qui lui est imputable des faits extérieurs et contingents, comme le mauvais temps par exemple, qui ont pu exagérer la défectuosité inhérente à la chose livrée au point de rendre celle-ci inutilisable?

Ce qu'il y a de regrettable dans la manière de voir de l'opinion dominante, c'est que si la preuve est délicate à fournir et si, en définitive, un doute subsiste dans l'esprit du juge, ce dernier se prononcera contre le demandeur; et c'est ce qui fait que la pratique ait le droit de se défier de la théorie dominante.

120. D'ailleurs cette théorie ne peut non plus échapper à un reproche, très grave, de contradiction que lui fait encore

M. Saleilles ⁽¹⁾. En effet tout le monde est d'accord pour mettre la preuve de l'existence du vice à la charge du défendeur quand celui-ci veut opposer à la demande en paiement dont il est poursuivi les droits qui dérivent en sa faveur de la garantie. Comme dans ce cas la preuve dernière lui incombe, le doute qui pourrait subsister sera interprété contre lui. Recourt-il alors à l'*Exceptio non adimpleti contractus* afin de se ménager un délai pour exécuter (ce qu'il lui est possible de faire, car on ne peut lui opposer qu'il y a chose jugée sur la question puisque le vice est envisagé à deux points de vue différents) ⁽²⁾ d'après la théorie dominante la preuve incombe alors au demandeur. Et s'il y a doute sur le fait d'inexistence du vice, ce doute s'interprètera contre le demandeur.

121. On doit avouer que si toutes ces conséquences peuvent à la rigueur se justifier à un point de vue purement théorique et doctrinal, il est peu probable que la pratique s'en accommode. La théorie dominante a cru éviter les complications en repoussant la notion d'*Exceptio non rite adimpleti contractus* et au premier aspect elle paraît en effet d'une séduisante simplicité; mais interprétée rigoureusement, elle ne répond pas aux besoins pratiques; adaptée à ces besoins, elle devient singulièrement arbitraire et compliquée.

SECTION IV

THÉORIE DU PAIEMENT APPARENT

122. Un troisième groupe d'auteurs, — et la plupart d'entre eux ont écrit vers la fin du XVIII^e siècle (on ne peut guère citer à notre connaissance que MM. André et Kahane parmi les

⁽¹⁾ Saleilles, *Du refus de paiement, etc.*, n. 59.

⁽²⁾ André, *op. cit.*, p. 60.

auteurs allemands modernes qui aient repris cette idée) — admet l'existence, à titre indépendant, d'une *Exceptio non rite adimpleti contractus* dont le trait caractéristique est une interversion de la preuve au détriment du défendeur, sous l'influence d'un fait beaucoup moins étroit et particulier que celui d'une réception à titre de paiement. Mais la difficulté de cette théorie gisait justement dans la recherche d'un criterium qui permit de distinguer le domaine de cette *Exceptio non rite adimpleti contractus* de celui de la pure *Exceptio non adimpleti contractus*. Elle a cru le trouver dans la distinction entre le contrat inexécuté et le contrat imparfaitement exécuté, entre le non paiement et le paiement simplement défectueux.

123. Cette distinction, nous le savons, est illégitime dans le sens où la présente la « théorie de la prohibition », puisque cette théorie prétend à tort refuser au défendeur, quand le paiement est simplement vicieux, l'exception tirée de l'inexécution du contrat. Mais il n'en est pas moins vrai qu'elle paraît exister dans la conception ordinaire et courante, *en ce sens qu'il y a des degrés dans l'exécution et que plus l'exécution paraîtra parfaite, moins facilement sera admise une exception d'inexécution*. C'est la notion du paiement apparent, que M. Saleilles a si bien mise en lumière.

124. Le paiement apparent, dit-il, résulte de la livraison seule, pourvu qu'à l'apparence elle soit une livraison correspondant au type accepté par les parties. Il ne résulte pas d'un acte de reconnaissance du créancier, autrement dit de la réception à titre de paiement, car le paiement apparent est un fait; or, la convention ou la volonté des parties n'a pas de prise sur les faits qui existent en dehors d'elle (1).

125. Mais s'il paraît être dans la conception populaire et

(1) Saleilles, *Du refus de paiement, etc.*, n. 65.

courante de considérer comme un paiement une livraison apparemment conforme au contrat, toute la question est de savoir si cette notion peut être considérée comme vraiment juridique, si on peut lui donner une forme juridique. Sans doute le droit n'est pas une science abstraite qui se forme en partant de principes *à priori*, d'où l'on déduit inexorablement des conséquences logiques et fatales; il s'élabore au contraire spontanément, comme le langage, par une sorte de coopération inconsciente de tous les membres de la collectivité. Mais l'œuvre du jurisconsulte est justement de mettre au point et de coordonner scientifiquement ces notions parfois incohérentes et toujours complexes. Or la difficulté était, en la matière qui nous intéresse, de donner une base solide et logique à la nécessité empirique qui imposait la preuve au défendeur.

126. Les vieux auteurs, parmi lesquels Hellfeld, partisans de l'admission à titre indépendant d'une *Exceptio non rite adimpleti contractus*, qui expliquaient que la preuve en ce qui concerne l'*Exceptio non adimpleti contractus* proprement dite incombait au demandeur parce que, sans cela, on eût imposé au défendeur une preuve négative, impossible à fournir, disaient que quand ce défendeur invoquait l'*Exceptio non rite adimpleti contractus* la preuve retombait à sa charge suivant la règle générale, parce qu'alors il se prévalait de l'existence de vices infectant la prestation reçue par lui, donc de faits positifs, dont la preuve lui était possible (').

Il est évident que ce raisonnement, partant d'un point de vue aussi peu exact, ne saurait retenir l'attention. D'ailleurs, il ressort de l'exposé critique que Glück donne de toutes les théories anciennes qui tendent à justifier l'existence de l'*Ex-*

(') Glück, *Pand.*, § 1043, XVII, p. 232.

ceptio non rite adimpleti contractus que ceux qui les ont émises n'ont guère songé à leur imprimer une forme juridique. Ils paraissent en général se contenter de constater que le fait de la livraison justifie l'interversion de la preuve.

127. M. André se déclare partisan de l'*Exceptio non rite adimpleti contractus* et il cherche à en approfondir et éclaircir la notion. L'auteur fait remarquer que, bien qu'au gré de la théorie dominante on doive bannir du langage juridique l'expression *Exceptio non rite adimpleti contractus*, le vieux mot n'a pas encore disparu, et il trouve dans ce fait, tout extérieur et formel, le signe qu'au fond du droit il y a encore des difficultés que les théories adverses n'ont pas élucidées⁽¹⁾.

Ce n'est pas cependant qu'il faille se payer de mots. Comme le dit M. André lui-même, l'*Exceptio non rite adimpleti contractus* produit tous les effets et possède tous les caractères de l'*Exceptio non adimpleti contractus*. Ce qui la sépare de cette dernière, c'est simplement le fait, essentiel il est vrai, d'une interversion de la preuve. On pourrait objecter qu'il est inutile, dans ces conditions, de parler encore de l'*Exceptio non rite adimpleti contractus*. Il n'y a pas, au fond, deux sortes d'exception de refus de paiement, mais une seule, sauf une différence entre elles quant à la charge de la preuve. M. André déclare cependant préférer maintenir cette expression parce qu'elle est usuelle et commode⁽²⁾. Nous ne voyons aucun inconvénient à l'employer, nous aussi, du moment que son véritable sens est bien déterminé.

128. Disciple de Ihering, l'auteur se place uniquement, dans l'étude du problème de l'*Exceptio non rite adimpleti contractus*, au point de vue de la preuve du paiement apparent. Une fois cette preuve faite, le demandeur aura fini sa

(¹) André, *op. cit.*, p. 53 et 54.

(²) André, *op. cit.*, p. 60 et 70.

tâche et ce sera au défendeur, s'il conteste la régularité du paiement, à prouver le bien fondé de ses allégations.

129. La question est de savoir comment le demandeur pourra faire sa preuve. M. André répond immédiatement qu'il aura satisfait à son obligation quand il aura démontré les faits qui, dans une situation normale, établiraient qu'il a exécuté. La preuve de ce qui est exceptionnel restera à qui s'en prévaut ⁽¹⁾. Tout se réduit « à un rapport de proportion que l'usage seul peut déterminer au sujet de la fréquence de coïncidence entre les faits extérieurs et la réalité... S'il est presque de règle que l'apparence coïncide avec la réalité, les faits apparents devront faire présumer la réalité » ⁽²⁾. Ce n'est autre que l'idée que Ihering a fait admettre en matière de possession, en ce qui concerne tout au moins la répartition de la preuve. Il est certain qu'une proportion énorme de ceux qui ont la qualité apparente et extérieure de possesseurs sont en réalité vraiment propriétaires des biens qu'ils détiennent. De là on a conclu que tout possesseur devait être présumé propriétaire jusqu'à preuve contraire. C'est cette même règle que l'on voudrait faire admettre en l'hypothèse de paiement. « L'exécution de l'obligation devra être présumée ou considérée comme établie, lorsque les circonstances qui, dans la vie courante, coïncident avec un paiement régulier se trouveront démontrées; il y aura alors apparence de paiement » ⁽³⁾.

En somme, on n'exige du demandeur que la preuve du paiement apparent. Mais en quoi va consister cette apparence d'exécution? Cela dépend du contrat et des usages ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ André, *op. cit.*, p. 74 et 120.

⁽²⁾ Saleilles, *Du refus de paiement, etc.*, n. 78.

⁽³⁾ Saleilles, *Du refus de paiement, etc.*, n. 78.

⁽⁴⁾ André, *op. cit.*, p. 74.

130. M. André prend d'abord comme exemple le cas où un individu s'est chargé de procurer à un autre la possession et jouissance d'une chose, soit de façon durable, comme en matière de vente, soit simplement pour un temps déterminé, comme en matière de louage. « L'exécution se consomme en général par la remise de la chose à l'acheteur; c'est en cela qu'elle consiste dans les conditions normales et le demandeur, s'il s'appuie sur elle pour exiger ce qui lui est dû, n'a d'abord à prouver que le fait de la livraison. On peut admettre provisoirement que celui à qui on en a transféré le droit est de son côté resté en possession : la raison en est surtout que, dans les conditions normales, le vendeur ou le bailleur veulent et peuvent livrer la chose de façon durable ou pour la période convenue. Cependant il arrive parfois (très rarement par comparaison à la masse énorme des ventes qui se contractent chaque jour) que la jouissance de la chose est enlevée à qui y a droit. Par exemple, le cheval vendu avait été volé par le *tradens*. De ce fait, il résulte que la livraison n'avait été qu'apparente. Quand la demande du défendeur est basée sur ces circonstances, elle constitue une *Exceptio non rite adimpleti contractus* : comme, malgré les apparences, le défendeur conteste la validité du paiement, c'est à lui de prouver qu'il y a eu réellement éviction » (1).

131. Mais si l'obligation de délivrance est la principale, elle n'est pas la seule qui soit imposée en toute hypothèse au débiteur. Il peut y avoir, en effet, des obligations accessoires relatives aux qualités ou aux vices que les parties ont eus en vue en contractant.

132. Nous savons que le défendeur dispose, en dehors de la protection spéciale qui dérive de la garantie, et que nous

(1) André, *op. cit.*, p. 74 et 75.

laissons de côté, du droit incontestable, simplement conditionné par l'allégation du défaut d'exécution, de refuser le paiement qui lui incombe jusqu'à ce qu'il ait obtenu, si toutefois elle est possible, la disparition du vice dont il se plaint. Et dès que le défendeur invoque une obligation, qu'elle soit principale ou accessoire, qui, en vertu du contrat, incombe au demandeur, celui-ci doit prouver qu'il l'a exécutée. « La situation matérielle du demandeur est telle, dit M. André, qu'il doit démontrer, au cas de contestation, qu'il a complètement exécuté le contrat ». Comment donc va-t-il faire sa preuve en matière de vices infectant son exécution? En prouvant, dit-on, ceux des faits qui, dans les conditions normales, établiraient l'exécution ⁽¹⁾.

133. Plaçons-nous d'abord en matière de dettes de corps certain. Il faut distinguer entre les vices ou qualités apparents, c'est-à-dire ceux qui sont susceptibles de se révéler extérieurement grâce à certains indices faciles à découvrir, et les qualités ou vices cachés, autrement dit ceux qu'aucun signe extérieur et apparent ne peut laisser soupçonner.

Pour les premiers, l'apparence d'exécution sera établie quand le demandeur aura démontré l'existence ou l'absence de ces indices extérieurs et apparents qui laissent présumer la présence des qualités ou des vices auxquels les parties avaient pu penser en contractant. Pour les seconds, il suffira au demandeur d'établir « que la chose livrée présente, à l'apparence, les conditions ordinaires d'une chose en bon état, et il n'aura qu'à établir ces conditions générales et moyennes sans avoir à tenir compte des conditions relatives à tels ou tels vices ou qualités déterminés » ⁽²⁾.

Prenons l'exemple de la vente d'un cheval déclaré être de

⁽¹⁾ André, *op. cit.*, p. 74 et suiv., p. 120.

⁽²⁾ Saleilles, *Du refus de paiement, etc.*, n. 80.

telle race, avoir tel âge, et propre à tel service. Quand le vendeur aura établi qu'il a bien livré le cheval faisant l'objet de la vente, que ce cheval avait les caractères extérieurs de la race et de l'âge déclarés, ainsi que les qualités physiques qui, à l'apparence, le rendent apte à l'emploi convenu, la preuve du paiement lui sera acquise. Et si l'acheteur prétend qu'en dépit des apparences démontrées le cheval manque de l'une des qualités indiquées, la preuve de cette assertion lui incombera.

Si, au contraire, cet acheteur se plaint d'un vice ou d'un défaut de qualité caché, le vendeur aura simplement à prouver que l'animal était sain, en bon état et propre à un service normal.

134. S'agit-il de dettes de genre? Les mêmes principes s'appliqueront. Cette fois ce sont les qualités normales et ordinaires du genre visé au contrat dont le demandeur devra prouver l'existence apparente, et cela, aussi bien pour des qualités dont le manque pourrait être considéré comme un simple vice rédhibitoire, que pour des qualités dont l'absence empêcherait la chose d'être du genre convenu. Car, nous le savons, le demandeur doit, en principe, démontrer qu'il a intégralement exécuté le contrat sauf cette preuve à se réduire à celle de l'apparence d'exécution. Mais si, malgré les apparences, le défendeur prétend que la chose est défectueuse, c'est à lui à le prouver ⁽¹⁾.

135. Que dire des dettes de quantités? Il est certain (et on l'admettrait à *fortiori* dans la théorie dominante) que le demandeur, en exigeant la contre prestation qui lui est due doit prouver l'exécution intégrale de l'obligation qui lui incombe ⁽²⁾, et si, tout au moins, cette preuve n'est pas faite

⁽¹⁾ André, *op. cit.*, p. 76; Saleilles, *Du refus de paiement, etc.*, n. 81.

⁽²⁾ André, *op. cit.*, p. 54.

lors de la demande, elle doit l'être quand le défendeur prétend qu'il n'a reçu qu'une partie de ce qui lui était dû.

Mais la question devient plus délicate quand c'est une pièce accessoire par rapport à la partie principale, comme, par exemple, le volant d'une machine à vapeur, qui n'a pas été livrée. La prestation de la partie principale va-t-elle, en ce qui concerne la théorie du paiement apparent, impliquer, pour l'obligation même relative aux pièces accessoires, *extériorité* d'exécution, suivant l'expression de M. Saleilles. Si la négative s'impose quand il s'agit de parties simplement divisées d'un tout homogène, il n'en est plus de même en ce qui concerne les éléments distincts et accessoires d'un objet principal. M. Saleilles n'hésite pas à dire « qu'en principe la prestation de l'objet principal implique paiement apparent en ce qui touche l'obligation relative aux pièces accessoires. Car il n'est pas dans les usages de la vie de fournir le tout sans l'accessoire »⁽¹⁾. Si le défendeur prétend que la pièce ne lui a pas été livrée, il devra donc démontrer sa prétention et pour ce faire, se placer, bien entendu, à l'époque de la livraison.

136. Ainsi, quand le défendeur, pour ne pas exécuter immédiatement son obligation, prétend que l'exécution effectuée par son adversaire est défectueuse, le demandeur a simplement à prouver que le paiement fait par lui est, apparemment tout au moins, conforme aux clauses et conditions du contrat.

Cette preuve faite, le demandeur est quitte; il se produit une interversion de preuve au détriment du défendeur.

Mais quelle va être dès lors l'étendue de la preuve imposée à ce défendeur?

137. Il faut qu'il démontre que le paiement apparent n'est

⁽¹⁾ Saleilles, *Du refus de paiement, etc.*, n. 82.

pas en réalité un paiement, parce qu'au moment de la livraison la chose était dans un mauvais état tel, qu'il est l'origine du vice qui s'est révélé ultérieurement; en d'autres termes, il doit prouver que le vice dont il établit actuellement l'existence provient d'une cause antérieure à la livraison.

138. En matière de vices rédhibitoires relatifs aux animaux domestiques, un certain nombre de législations admettent l'existence d'un délai dit de garantie. Si le vice survient pendant ce délai, il y a présomption qu'il existait déjà lors de la vente et c'est alors au vendeur à prouver qu'en réalité ce vice n'existait pas. Mais, par contre, l'acheteur ne doit pas être admis à se plaindre une fois le délai passé.

On se demande si, en la matière de l'exception de refus de paiement, on va également pouvoir atténuer la charge de la preuve imposée au défendeur, comme en ce qui concerne les actions édiliciennes, en présumant l'existence du vice au jour de la livraison par le fait de son apparition dans le délai de garantie prévu par la loi.

M. Saleilles répond affirmativement. Sans doute, on pourrait lui objecter qu'il a auparavant soigneusement distingué l'exception de refus de paiement, conséquence directe du contrat, application des principes généraux, et la garantie des vices, institution purement légale et de stricte interprétation. Mais il est impossible que la loi tienne le vice pour existant à une époque déterminée quand il s'agit de l'exercice des actions édiliciennes et qu'elle ne le considère plus comme existant à cette même époque quand il s'agit de l'opposer sous la forme d'exception de refus de paiement; d'autant plus que la loi doit être présumée moins rigoureuse à l'égard de notre exception que des actions édiliciennes, puisque la première n'est que l'application directe des principes généraux et du droit commun.

139. Mais que dire d'un vice pour lequel n'existe aucun délai de garantie ou d'un contrat que le défendeur invoque, ne comportant pas application de la théorie de la garantie des vices ? Le défendeur devra-t-il, cette fois du moins, prouver directement que le vice existait antérieurement à la livraison ? M. Saleilles décide encore cette question à l'aide du principe qu'il a adopté en matière de preuve. S'il est d'usage, au point de vue du commerce, de faire remonter l'existence de certains vices à une date antérieure à leur apparition et s'il existe à cet égard certaines présomptions généralement admises en faveur d'un délai d'antériorité fixé à un minimum déterminé, « le juge devra accepter ces usages et ces présomptions non pas à discrétion, comme lorsqu'il s'agit de celles de l'article 1353 C. civ. fr., mais d'une façon obligatoire, en tant que là où la preuve directe d'un fait matériel est considérée comme impossible ou extrêmement difficile, il y a obligation pour le juge d'accepter comme preuve du fait ou tout au moins comme présomption admise jusqu'à preuve contraire, les inductions résultant des éléments de fait qui, d'après un rapport de fréquence supposé admis et vérifié par l'usage, sont la manifestation normale du fait à démontrer » ⁽¹⁾.

140. Supposons maintenant que le défendeur ait prouvé que le vice qui vient de se manifester provient d'une cause antérieure à la livraison, tout n'est pas terminé par là.

A. Le demandeur peut en effet répondre au défendeur qui allègue l'antériorité du vice que ce vice lui était connu lors de la livraison, et qu'il a accepté cependant la chose en l'état ou elle se trouvait alors : « Si quelqu'un, écrit M. André, a reçu la prestation qui lui est due sans soulever de difficultés,

⁽¹⁾ Saleilles, *Du refus de paiement, etc.*, n. 85.

on pourra dire, non point qu'il y ait acquiescement de sa part, mais que l'exécution a été effectuée, en apparence, conformément au contrat, car personne n'acceptera une marchandise extérieurement avariée sans élever d'objection. Mais cela n'est vrai qu'autant que l'examen qui a lieu habituellement lors de la réception suffit pour établir qu'à l'apparence l'exécution est régulière. On peut l'admettre en ce qui concerne l'achat d'un cheval, mais non pour la livraison de marchandises qui, comme par exemple des engrais chimiques, exigent un examen particulier » ⁽¹⁾.

Il semble bien que dans l'hypothèse où le demandeur prétend ainsi que le défendeur connaissait le vice, lors de la prise de la livraison, il invoque un cas de réception à titre de paiement et qu'il doit, en tout état de cause, en fournir la preuve. Mais il n'y sera pas astreint, à notre avis, de façon aussi rigoureuse et ce semble bien être la pensée de M. André, quand, d'après la nature de l'objet livré, le juge pourra se rendre compte que le destinataire a dû examiner cet objet au moment de la réception. Seulement nous croyons qu'il faudra que certaines circonstances viennent corroborer le résultat de cette présomption pour qu'on puisse admettre que le défendeur ait reconnu la régularité au moins apparente du paiement. Il faut encore que le demandeur démontre soit directement, soit en se basant sur la conduite ultérieure du défendeur vis-à-vis la chose ⁽²⁾ que des réserves n'ont pas été faites lors de la livraison ou n'ont pu être faites alors. Sans doute cette preuve, le demandeur pourra la fournir au moment où il établira l'exécution apparente de sa dette, mais il peut se réserver de l'opposer comme duplique à la réplique du défendeur fondée sur l'antériorité du vice.

⁽¹⁾ André, *op. cit.*, p. 77. — Cf. p. 174 et 175.

⁽²⁾ André, *op. cit.*, p. 175.

B. Ce que nous venons de dire s'applique aux cas où la découverte du vice n'a lieu qu'au moment de la livraison.

Mais *quid* d'une acceptation qui se produit, non plus au moment de la prise de livraison, mais au moment même de la formation du contrat ⁽¹⁾ (par exemple au cas de corps certain qu'on a choisi et examiné d'avance)? Doit-on étendre à cette deuxième hypothèse la présomption légale relative aux vices apparents en matière de garantie des vices?

La loi considère à cet égard que quand l'acheteur d'une chose déterminée est présumé avoir examiné la chose, il a dû s'apercevoir des vices apparents inhérents à cette chose, et que, s'il n'a fait aucune réserve, c'est qu'il a accepté la chose avec ses défauts ⁽²⁾. Donc trois présomptions successives, enchaînées l'une à l'autre. La première se justifie par les usages de la vie courante, au nom de l'habitude qu'ont les hommes normalement constitués d'examiner les objets dont ils veulent obtenir, moyennant paiement, la jouissance ou la propriété. Les deux autres nous sont imposées par le bon sens.

Ces trois présomptions peuvent-elles être admises quand il s'agit de mettre en mouvement l'exception de refus de paiement? M. Saleilles n'hésite pas à répondre affirmativement. Lorsque le législateur a déterminé les conditions de l'existence d'un fait matériel, ce fait — à moins d'intention contraire de la loi clairement démontrée, ce qui n'existe d'ailleurs pas dans la question qui nous occupe — doit être également

(1) Cette double éventualité est prévue expressément par l'art. 863 code saxon.

(2) Art. 1641, 1642 C. civ. fr. — Baudry-Lacantinerie et Saignat, *Vente*, n. 418. — Polhier s'exprime clairement à cet égard : « On ne répute pas vices rédhibitoires, dit-il, ceux qui, quoique considérables, peuvent facilement s'apercevoir ; parce que ces vices pouvant facilement se connaître, l'acheteur est présumé en avoir eu connaissance et avoir bien voulu acheter la chose avec ce vice, et par conséquent n'avoir souffert aucun tort. *Nam volenti non fit injuria* » (*Vente*, n. 208).

présumé dès que ces conditions se trouvent établies, et quelles que soient les conséquences juridiques auxquelles on veuille aboutir. La réserve étant faite que ces présomptions ne peuvent être acceptées en matière de dettes de genre, parce qu'ici le créancier ne choisit ordinairement pas l'objet au moment de la convention, on peut les étendre même aux contrats auxquels ne s'appliquerait pas la théorie de la garantie des vices. Et M. Saleilles propose d'admettre la formule générale : toutes les fois qu'il y a présomption d'examen préalable de l'objet à livrer, les vices apparents seront présumés avoir été acceptés par le créancier ⁽¹⁾.

Nous faisons cependant encore remarquer ici qu'il y a une condition dont le demandeur ne peut éviter la preuve par le bénéfice d'une présomption, et dont il faut, au contraire, qu'il établisse l'existence. Nous admettons bien l'extension à notre exception de la présomption d'examen et de celle de la découverte des vices, bien qu'on tende dans ces conditions à écarter, en l'assimilant avec des droits exceptionnels, un moyen de défense qui est l'application des principes généraux. Mais quant à la troisième présomption, qui concerne l'acceptation de la chose avec ses défauts, elle ne peut être admise, à notre avis, que s'il est établi que le défendeur n'a fait aucune réserve. Et il ne nous semble pas injuste d'imposer cette preuve au demandeur, puisque souvent il lui suffira, pour la fournir, d'invoquer l'attitude du défendeur vis-à-vis de la chose après la réception de celle-ci, et qu'en tous cas on ne lui a imposé dès l'abord que la preuve de l'apparence du paiement.

141. Telle est, dans ses grandes lignes, la théorie du paiement apparent. M. André a eu la prétention de justifier sa

⁽¹⁾ Saleilles, *Du refus de paiement, etc.*, n. 87.

théorie en l'appuyant sur les textes romains eux-mêmes [loi 5, § 4, D., XLIV, 4; l. 5, C., VIII, 44 (43)], déjà citées), et cette prétention est si nette dans son esprit, qu'il pose immédiatement, après avoir analysé ces textes pour y chercher une justification, le principe qui est le point de départ de la théorie nouvelle ⁽¹⁾.

M. Saleilles ne consent à le suivre sur ce terrain qu'en se plaçant « au point de vue d'un horizon juridique qui commence à se laisser entrevoir » et nullement avec l'intention d'y trouver pleinement confirmées les idées qu'il a émises ⁽²⁾.

Ce sont deux points de vue légitimes l'un et l'autre. Cependant, M. André semble ici oublier qu'il a reproché lui-même aux auteurs qui, à propos de la nature de l'*Exceptio non adimpleti contractus*, discutaient sur les textes latins, de trop se borner aux lois du Corpus et d'oublier que le droit romain s'est transformé pour devenir droit national allemand ⁽³⁾.

Quoi qu'il en soit, prenons avec les deux auteurs la loi 5, § 4, D., XLIV, 4. Un esclave est vendu par un représentant ou un gérant avec ou sans la commission du maître. Après la vente ou la tradition, le propriétaire reprend l'esclave (*redhibitio*). L'acheteur a alors une exception contre le vendeur qui réclame le prix, mais cette exception est une exception véritable, c'est-à-dire que la charge de la preuve lui incombe. Le texte n'impose pas à la vérité, de façon expresse, la preuve au défendeur, mais ce dernier doit la faire suivant la règle

(1) André, *op. cit.*, p. 58 et 59.

(2) Saleilles, *Du refus de paiement, etc.*, n. 90. Cependant, plus loin, il voit dans l'interversion de preuve au cas d'éviction, prévue dans les textes, une démonstration de l'exactitude des idées qu'il a exposées et n'admettant qu'une seule *Exceptio non adimpleti contractus*, il déduit même des textes qu'elle est, de sa nature, une exception véritable (n. 90, p. 206).

(3) André, *op. cit.*, p. 43.

générale que celui qui invoque des faits en vertu desquels il réclame un droit en sa faveur doit démontrer l'existence de ces faits. On ne peut expliquer la solution donnée par les textes cités que d'une seule manière, en disant qu'ils prévoient des hypothèses où il y a eu paiement apparent. La preuve du paiement était acquise au vendeur puisqu'il avait livré l'esclave et que toutes les conditions extérieures du paiement étaient réalisées. Si l'acheteur prétend que le paiement n'est pas valable malgré les apparences, il doit établir les faits qui viennent détruire ces apparences.

142. MM. André et Saleilles n'ont pas donné exactement la même forme à leur théorie, bien qu'ils soient d'accord sur le fond. Le premier la résume en ces termes : « A côté de l'*Exceptio non adimpleti contractus*, il faut reconnaître l'existence d'une *Exceptio non rite adimpleti contractus*. La seconde ne se distingue de la première que par une autre répartition de la preuve. L'*Exceptio non adimpleti contractus* fait valoir que le demandeur n'a pas du tout exécuté, l'*Exceptio non rite adimpleti contractus* qu'il n'y a eu exécution qu'en apparence. En cas de contestation, le demandeur doit démontrer qu'il a exécuté intégralement le contrat. Mais il satisfait à cette obligation en prouvant l'existence des faits de la cause qui, dans des conditions normales, établiraient que l'exécution a eu lieu. Le défendeur peut se borner à nier que son adversaire ait exécuté. Mais s'il allègue des faits exceptionnels qui excluent l'exécution faite apparemment dans des conditions normales, il doit fournir la preuve de ces faits » (1).

M. Saleilles, de son côté, déclare « que dans tous les cas la preuve, en principe, est pour le demandeur, sauf à n'exiger de lui que la preuve des circonstances de fait qui sont de

(1) André, *op. cit.*, p. 120.

nature à établir une présomption d'existence du fait à prouver, ce qui revient à dire que, dans la plupart des cas, la présomption d'existence des qualités alléguées, ou la présomption d'absence du vice dont se prévaut le demandeur résultera du seul fait de la livraison, et que par suite la preuve sera d'emblée à la charge du défendeur » (1).

Au fond, sous la différence des expressions, nous retrouvons absolument les mêmes idées, sauf peut-être que M. Saleilles, plus nettement que M. André, impose d'une façon invariable la preuve au demandeur, en lui facilitant d'ailleurs cette preuve de la façon que l'on sait. De cette manière l'auteur français, tout au moins en ce qui concerne la forme, est plus près que l'auteur allemand des données de la théorie dominante.

143. Les deux jurisconsultes ne se trouvent guère en désaccord qu'à propos d'une question de terminologie. M. Saleilles prétend que l'*Exceptio non rite adimpleti contractus* ne répond à rien « puisque celui qui élève l'exception n'invoque pas une exception différente de celle qui lui appartient du chef d'inexécution, et qu'il ne fait, dans un cas comme dans l'autre, que réclamer de son débiteur ce qui lui est dû » (2). L'adoption d'une exception spéciale pour vice d'exécution ramènerait à la distinction juridiquement imprécise entre le contrat inexécuté et le contrat imparfaitement exécuté. L'auteur propose, pour obtenir la précision nécessaire, « de jeter la distinction dans le moule du paiement apparent et de la traduire par la formule « *contrat inexécuté* » et « *contrat extérieurement exécuté* ». Le criterium de la distinction, pour cette formule, n'est plus dans le caractère du fait d'inexécution qu'on invoque ni dans son plus ou moins de gravité;

(1) Saleilles, *Du refus de paiement, etc.*, n. 80, note 86, p. 189.

(2) Saleilles, *op. cit.*, *supra*, n. 83.

mais il est « dans la présomption de paiement qui résulte de la prestation accomplie : suivant qu'il y a, ou non, « extériorité » d'exécution, la preuve est à la charge de l'une ou de l'autre des deux parties. Si la prestation réalisée n'est pas suffisante à constituer l'extériorité d'exécution, c'est au demandeur à prouver que, en dépit de l'apparence contraire, le paiement intégral a été réalisé ; si au contraire cette prestation suffit à réaliser le paiement apparent, c'est au défendeur, s'il conteste qu'il y ait paiement, à faire la preuve du fait allégué » (1).

144. La théorie du paiement apparent nous semble la plus satisfaisante de toutes celles qui aient été proposées pour résoudre la question célèbre de l'*Exceptio non rite adimpleti contractus* et nous n'hésitons pas à l'adopter. Elle est suffisamment logique et claire, et paraît bien s'adapter, plus que toute autre, aux besoins de la pratique et à la réalité des faits.

Sans doute fréquemment, dans la vie courante, les procès auxquels on aura à appliquer notre théorie se présenteront sous une forme extrêmement complexe. Souvent on confondra l'*Exceptio non rite adimpleti contractus* avec le refus de paiement en vue d'obtenir, non pas l'exécution intégrale du contrat, mais les résultats plus complets qui dérivent de la mise en œuvre des actions édiliciennes ou de l'action en dommages-intérêts. Il s'y mêlera la plupart du temps des questions d'acceptation plus ou moins complète ; il faudra procéder à des expertises ou interroger les usages commerciaux.

Et à ce propos, nous ne voyons guère d'autre moyen pour éviter l'arbitraire du juge quand il s'agira d'établir le fait de

(1) Saleilles, *Du refus de paiement, etc.*, n. 90, in fine. — Cf. *supra*, n. 128 et suiv.

l'extériorité du paiement (et c'est là, d'après nous, le côté délicat de la théorie) que de s'en rapporter aux usages ayant cours dans la place de commerce où la livraison a été opérée et le marché conclu. Car si l'on ne pouvait invoquer d'usages commerciaux suffisamment établis, il faudrait recourir aux habitudes de la vie courante qui présentent toujours moins de certitude et moins de fixité.

Il est vrai qu'alors on pourrait prétendre que « l'extériorité » du paiement n'est pas démontrée de façon satisfaisante, et que c'est au demandeur à apporter un supplément de preuve à l'appui de sa prétention d'avoir intégralement exécuté.

Evidemment, on le voit, la théorie du paiement apparent ne présente pas de ce côté un criterium certain et inflexible. Et certes elle pourra se trouver en défaut. Mais il nous semble qu'elle risque moins que toute autre de demeurer un instrument inutile ou malfaisant entre les mains d'un juge avisé, puisqu'elle se flatte, — et à bon droit, croyons-nous, — de se modeler autant qu'il est possible sur les phénomènes de la vie pratique et de les suivre dans toutes leurs complexités.

CHAPITRE III

CARACTÈRES ET FONCTIONNEMENT DE L'*EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

145. Nul ne peut, en vertu d'un contrat synallagmatique, exiger de sa contre-partie l'exécution de l'obligation qui incombe à cette dernière s'il n'a lui-même exécuté ou s'il n'est pas prêt à le faire. Il suit de là que lorsque le demandeur ne remplit pas l'une des deux conditions qu'on exige de lui, le défendeur peut écarter sa prétention au moyen de l'*Exceptio non adimpleti contractus*.

Le rôle de l'*Exceptio non adimpleti contractus* (et nous entendons dans ce chapitre ce mot au sens général et compréhensif où l'entend la théorie dominante, parce que ce que nous dirons de l'*Exceptio non adimpleti contractus* proprement dite s'applique également à l'*Exceptio non rite adimpleti contractus*) est purement défensif.

146. Nous avons déjà eu l'occasion de signaler qu'on a qualifié souvent, dans les espèces offertes par la jurisprudence allemande, du nom d'*Exceptio non rite adimpleti contractus* les hypothèses où un acheteur prétend retenir son prix parce qu'il y a vice d'exécution entraînant à la charge du vendeur garantie pour vices rédhibitoires. Mais nous connaissons les différences qui séparent les droits dérivant de la garantie et ceux qui proviennent de l'*Exceptio non adimpleti contractus*. Nous ferons seulement remarquer ici que si ces

droits paraissent avoir parfois un simple caractère défensif, s'ils peuvent être exercés par voie d'exception, c'est par un *a fortiori* tiré du principe qu'ils peuvent être utilisés par voie d'action. Mais, en réalité, comme le dit M. André, « les moyens inventés par les édiles poursuivent un but positif, tandis que l'*Exceptio non adimpleti contractus* sert simplement à empêcher une injustice de se commettre, en donnant le droit à chaque partie de retenir sa prestation si l'adversaire n'exécute pas de son côté : elle se borne à assurer l'exécution intégrale du contrat » ⁽¹⁾.

147. Le droit du demandeur qui exige l'accomplissement d'un contrat synallagmatique est conditionnel. Il est dès sa naissance limité par le droit du défendeur. Mais on reconnaît d'ordinaire, et cela va de soi pour les partisans de la théorie d'Heerwart, que ce droit que le défendeur tire de l'*Exceptio non adimpleti contractus* ne peut être suppléé par le juge et qu'il ne doit être reconnu effectivement à celui qui peut s'en prévaloir que s'il l'invoque. L'article 860 du Code saxon exprimait très nettement ce principe : « ... Le demandeur n'a pas besoin, en formulant sa demande, de s'appuyer sur ce fait qu'il a exécuté ou qu'il se trouve prêt à le faire. Mais il peut attendre que le défendeur lui oppose une exception basée sur l'absence de ce fait ». D'un autre côté, il faut bien remarquer que l'offre d'exécuter trait pour trait suffit, dans les conditions normales, à écarter l'*Exceptio non adimpleti contractus*.

148. M. André se demande si l'exception est de nature péremptoire ou dilatoire. Les vieux écrivains allemands attachaient à cette distinction une grande importance, mais l'auteur fait remarquer qu'en somme la distinction n'offre plus

: ⁽¹⁾ André, *op. cit.*, p. 124.

aujourd'hui d'intérêt au point de vue de la procédure ; tout au plus peut-on y rattacher la question de savoir si la condamnation prononcée contre le défendeur qui oppose l'*Exceptio non adimpleti contractus* pour ne pas exécuter est ou non conditionnelle. Sans doute la forme de l'exception est souvent la suivante : je ne veux pas exécuter aussi longtemps que tu n'exécuteras pas, ce qui semble bien montrer que notre exception est dilatoire. Mais en réalité la phrase prend fréquemment cette autre forme : je ne veux pas exécuter parce que tu n'exécutes pas, ce qui incline à penser que l'exception est plutôt péremptoire.

M. André paraît bien attribuer le caractère dilatoire à l'*Exceptio non adimpleti contractus*. Et c'est également notre avis. Nous croyons qu'elle tend simplement à donner au défendeur un terme pour exécuter. C'est d'ailleurs ainsi que les auteurs français, notamment Larombière, ont décrit les effets de notre exception, sans d'ailleurs la nommer ⁽¹⁾.

149. Mais l'exception doit-elle avoir pour résultat, quand elle est invoquée par le défendeur, de débouter complètement le demandeur de sa prétention, ou doit-elle aboutir simplement à une condamnation conditionnelle ? Cette dernière opinion a été soutenue d'abord par Zaun, en 1857 ; elle a trouvé depuis beaucoup de défenseurs ⁽²⁾ et la jurisprudence allemande l'a suivie en de nombreuses décisions.

M. André se range également du côté de l'opinion dominante. Pour lui, il ne peut s'élever aucun doute à cet égard, car il est dans l'intention probable et normale des parties que le contrat soit ramené à exécution. « Or, la condamna-

⁽¹⁾ Larombière, *Oblig.*, III (art. 1184, n. 12), p. 99 (art. 1186, n. 37), p. 266 ; André, *op. cit.*, p. 128 ; Dernburg, *Pand.*, § 21, II, p. 59 ; Kipp, *Pand. de Windscheid*, éd. 1906, II, § 321-1^o, B. G. B., IV, p. 324.

⁽²⁾ Windscheid, § 351, texte et note 8, II, p. 498. — Cf. *C. civ. all.*, art. 274 et 322.

tion conditionnelle se base non sur ce que le défendeur dénie le bien fondé de la prétention du demandeur, mais désire faire dépendre son exécution de la contre-exécution de son adversaire ».

De plus, il y a, à prononcer une condamnation conditionnelle, de grands avantages pratiques. D'une part, le demandeur sait désormais exactement ce qu'il doit fournir pour que son exécution soit consommée, et, en ce faisant, il est certain de pouvoir forcer effectivement cette fois son adversaire à exécuter. D'autre part, souvent le défendeur allègue des défauts insignifiants qui infecteraient, à son dire, la prestation du demandeur pour s'octroyer le bénéfice d'un terme véritable. Si l'on déboutait complètement son adversaire de sa demande, il faudrait, quand ce dernier a fait disparaître les vices allégués ou quand il a fourni une prestation nouvelle, qu'il renouvelât cette demande, ce qui occasionnerait des frais inutiles et surtout des lenteurs dont profiterait impunément le défendeur. Si l'on emploie la condamnation conditionnelle, ce dernier inconvénient ne peut plus se produire. Aussi Dernburg recommandait-il cette façon de procéder ⁽¹⁾.

Mais il est évident qu'on ne peut plus parler de condamnation conditionnelle quand le demandeur devait exécuter dans le passé et que son exécution ne peut plus avoir lieu. Et il peut se présenter des cas où l'une ou l'autre des parties aura tout intérêt à écarter une condamnation conditionnelle. Tout compte fait, ce procédé ne recevra jamais qu'une application restreinte. Il paraît ne devoir bien fonctionner que lorsque de part et d'autre l'exécution est encore possible, alors que l'un des contractants veut absolument s'y soustraire ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Dernburg, *loc. cit.*, *supra*.

⁽²⁾ V. sur tous ces points, André, *op. cit.*, p. 129 à 132.

150. Une question également intéressante est celle de savoir dans quelles conditions la prescription va atteindre le droit qui résulte de l'*Exceptio non adimpleti contractus*. Ici encore nous allons trouver une différence entre les actions édiliciennes et notre exception. Les premières, étant des créations directes et spéciales du législateur, sont soumises à des délais de prescription particuliers et en général assez courts. Au contraire l'*Exceptio non adimpleti contractus* n'est que la mise en œuvre, sous la forme défensive, de l'action qui appartient à l'une des parties de poursuivre l'exécution du contrat. Cette exception dure donc autant que l'action et ne se prescrit qu'avec elle ⁽¹⁾.

Mais plaçons-nous, comme M. Saleilles nous y invite, dans une législation qui reconnaît un délai de garantie et qui y attache deux présomptions en sens inverse, dont l'une seulement est une présomption *juris* et de *jure* d'inexistence du vice au jour de la livraison s'il apparaît après le délai de garantie ⁽²⁾. Si l'acheteur, défendeur par hypothèse, perd dans ce cas l'exercice des actions édiliciennes, ce n'est pas parce qu'elles sont éteintes par la prescription, mais « parce que le fait matériel qui doit leur donner ouverture est déclaré inexistant en vertu d'une présomption légale ». Conformément à la méthode que M. Saleilles a proposée, et que nous avons adoptée après lui, nous devons également admettre la même présomption d'inexistence, au jour de la livraison, du vice allégué, s'il s'est révélé seulement après le délai de garantie, en tant que son allégation pourrait donner lieu à l'exercice de l'*Exceptio non adimpleti contractus*; qu'il s'agisse des actions édiliciennes ou de notre exception, elles ne peuvent être mises en mouvement puisque le fait matériel qui les

⁽¹⁾ André, *op. cit.*, p. 133; Kahane, *loc. cit.*, p. 251.

⁽²⁾ C. civ. all., art. 485 (art. 402, P¹). — Saleilles, *Oblig.*, n. 240.

occasionne est réputé inexistant en vertu d'une présomption légale absolue ⁽¹⁾.

151. L'avantage que l'*Exceptio non adimpleti contractus* procure à chacune des parties, c'est qu'elle lui permet d'exercer en quelque sorte une pression sur son co-contractant pour obtenir de ce dernier l'exécution intégrale de la prestation qui lui incombe. M. André propose à cet égard la règle suivante : « Chacun peut retenir toute sa prestation jusqu'à ce qu'il ait reçu entière satisfaction ».

Cependant la pratique ne s'accommode pas toujours de règles aussi rigoureusement simples. Dans bien des contrats, l'une au moins des parties doit effectuer son paiement par acomptes, en vertu même d'une clause du contrat ou des usages commerciaux. Souvent, il est vrai, les conditions de la livraison à effectuer par celui qui est astreint au paiement en une fois, comme par exemple l'entrepreneur qui doit fournir une maison, seront expressément convenues. Sinon il appartiendra au juge de déterminer comment l'*Exceptio non adimpleti contractus* jouera dans chaque hypothèse. Il est certain qu'elle continuera à fonctionner, mais les conditions de son fonctionnement pourront, suivant les cas, se trouver considérablement modifiées.

152. Si le défendeur peut, en principe, retenir tout ce qu'il doit jusqu'à ce qu'on lui ait payé tout ce qui lui est dû, il peut, à plus forte raison, se contenter de ne retenir qu'une partie de sa prestation. A remarquer que l'exception, même réduite à une zone d'influence aussi peu étendue, n'en reste pas moins une *Exceptio non adimpleti contractus* et qu'il faut bien se garder de la confondre avec l'action *quantum minoris*. Quand le défendeur exerce cette dernière action, il

(1) Saleilles, *Du refus de paiement, etc.*, n. 89.

peut, s'il n'a pas encore payé, retenir sur le montant du prix qu'il doit la somme représentant la réduction qu'il prétend obtenir. Mais, en retenant, en vertu de l'action édilicienne, cette partie déterminée de la prestation, le défendeur a épuisé tout son droit, tandis qu'il peut toujours, grâce à l'exception, à moins qu'il n'ait renoncé à user de son bénéfice dans toute son étendue, obtenir l'entière prestation qui correspond à celle qu'il doit. Il ne faut pas oublier également qu'en ce qui concerne l'action *quantum minoris*, la preuve du vice incombe toujours à celui qui exige la diminution du prix.

153. Enfin il peut se faire que le demandeur n'ait fourni qu'une partie de la prestation qui lui incombe et qu'il réclame malgré tout son paiement. Si le défendeur lui oppose l'*Exceptio non adimpleti contractus* pour ne pas exécuter du tout, son adversaire peut-il exiger que ce moyen de défense n'affecte que partiellement la prestation retenue, n'affecte cette prestation que diminuée de la portion déjà payée par lui, demandeur? Autrement dit les deux obligations doivent-elles être exécutées, partiellement au moins, trait pour trait? M. André se prononce pour l'affirmative et propose la règle suivante. « Celui qui a reçu la prestation de son adversaire dans ce qu'elle a d'essentiel et qui en a la jouissance ne peut retenir également qu'une partie de la prestation qu'il doit s'il se plaint d'un vice qui ne le prive pas toutefois de façon absolue de la jouissance de la chose » (1). Cette solution est confirmée par de nombreux arrêts dont l'auteur allemand cite quelques-uns. C'est un principe d'ailleurs que l'équité impose.

Mais comment va se répartir sur ce point particulier la

(1) André, *op. cit.*, p. 137. — Cf. art. 320 al. 2 C. civ. all.

charge de la preuve ? Est-ce au défendeur à établir quelle fraction de sa prestation il a le droit de retenir ? Ou bien au demandeur à démontrer que le droit de rétention qu'invoque son adversaire doit être limité et à déterminer dans quelle mesure il doit l'être ? On pourrait être tenté de dire : l'*Exceptio non adimpleti contractus* ne peut valoir que pour une certaine portion de la prestation du défendeur. Ce dernier, s'il veut utiliser l'exception pour retenir davantage, commet un dol ; il doit prouver le bien fondé de sa prétention.

M. André préfère imposer la preuve au demandeur parce qu'il lui semble peu juridique de considérer d'office qu'il y a dol, bien que ce procédé soit courant dans la pratique. Si le demandeur fait valoir que la prétention du défendeur constitue un dol, il doit le démontrer en établissant, par exemple, sans qu'on puisse exiger de lui un calcul bien rigoureux, que son adversaire a reçu la prestation qui lui était due pour une partie très importante à côté de laquelle ce qui reste de la dette peut passer pour insignifiant et qu'il n'est donc pas juste qu'il lui refuse, à lui demandeur, toute la prestation qu'il doit. Nous ne pouvons que nous ranger à cette manière de voir, parce qu'elle nous paraît la plus équitable et la plus rationnelle tout en restant la plus pratique ⁽¹⁾.

154. Mais où M. André s'aventure un peu trop, et M. Kahane le lui a amèrement reproché ⁽²⁾, c'est lorsqu'il oblige l'un des contractants, le défendeur par hypothèse, à se contenter d'un moyen plus radical que cette sorte de *replicatio doli* dont nous venons d'expliquer le fonctionnement, moyen qui écarte absolument l'emploi de l'*Exceptio non adimpleti contractus*. « Si le vice d'exécution est fort insi-

(1) André, *op. cit.*, p. 137 et 138.

(2) Kahane, *loc. cit.*, p. 256.

gnifiant, écrit-il, on doit la plupart du temps interpréter le contrat dans ce sens que les parties, expressément ou tacitement, n'ont pas voulu considérer ce vice comme essentiel en ce qui concerne l'exécution qu'il infecte. Dans ces conditions, le fait de n'avoir pas rempli cette obligation accessoire donne simplement ouverture, à l'encontre du demandeur, à une action en dommages-intérêts ou en réduction de prix ». Ce dernier recours serait donc jugé suffisant pour le défendeur et la possibilité de le mettre en œuvre l'empêcherait de se prévaloir de l'*Exceptio non adimpleti contractus* pour ne pas exécuter.

Suivant l'expression même de M. Kahane, la fréquentation des recueils de jurisprudence paraît avoir changé le théoricien en un praticien que préoccupe simplement l'idée de but à atteindre, indépendamment de tout système *a priori*. Après s'être attaché, pendant une grande partie de son ouvrage, à toujours bien distinguer le domaine des moyens édiliens de celui de l'*Exceptio non adimpleti contractus*, cette solution inattendue risque au contraire de les confondre et de menacer par là, comme le dit encore M. Kahane, « le principe fondamental que l'auteur a posé pour déterminer la nature de notre exception ».

Il suffisait pourtant à M. André d'admettre de façon générale et absolue (et quel que soit le fait qui vicie l'exécution effectuée, fût-il même insignifiant) le droit pour chacun des contractants d'exiger, à l'aide d'une *replicatio doli*, une partie de la contre-prestation au moins équivalente à celle qu'il a pu fournir lui-même à compter sur sa propre prestation.

APPENDICE

OMISSION DE L'*EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*. RÉPÉTITION
DU PAIEMENT

155. Dans l'hypothèse normale où fonctionne l'*Exceptio non adimpleti contractus* (nous entendons par là l'exception au sens général sans revenir sur la distinction que l'on sait), une des parties exige de l'autre l'exécution de l'obligation que le contrat a mise à la charge de cette dernière partie, alors qu'elle-même n'a pas exécuté ou n'offre pas de le faire.

Mais on peut supposer que, ne se réclamant pas du principe de l'exécution trait pour trait, l'un des contractants ait exécuté son obligation et exige ensuite ce qui lui revient. L'autre contractant refuse d'exécuter ou se trouve dans l'impossibilité de le faire. Si l'exécution est devenue matériellement impossible par la faute du débiteur, la partie qui y a droit n'a qu'une ressource, c'est de demander des dommages-intérêts. Car le débiteur n'est plus libéré comme il le serait si l'impossibilité s'était produite sans sa faute. Le créancier garde donc l'action du contrat, mais celle-ci se transforme en action d'indemnité.

Supposons maintenant que l'exécution soit encore possible. Sans doute celui qui a exécuté peut amener le débiteur récalcitrant devant les tribunaux et le forcer à exécuter par voie de justice. Mais cet expédient n'est pas toujours efficace, notamment quand il s'agit d'obligations de faire dans le cas où elles ne peuvent être remplies que par celui qui en a pris l'engagement. On n'arrive guère à en obtenir l'exécution forcée que grâce au système des astreintes, en prononçant une condamnation comminatoire. Aussi l'on comprend tout l'intérêt qu'il y aurait à permettre à la partie de répéter ce qu'elle

a presté, non pas pour résilier ainsi le contrat, mais pour reprendre vis-à-vis de son adversaire la position avantageuse que lui conférait l'*Exceptio non adimpleti contractus* et qu'elle a imprudemment perdue. Elle puiserait ainsi, dans son droit de n'exécuter que trait pour trait, un moyen de contrainte commode et énergique.

156. Cette question de savoir si l'on peut répéter ce qu'on a payé, alors qu'une exception permettait de retarder ce paiement, est ordinairement étudiée, au point de vue du droit commun allemand, par les Pandectistes, en la rattachant à la question du droit de rétention et à celle de la *condictio indebiti*.

157. Toute la controverse a porté sur un texte obscur de Pomponius, la loi 51, D., XII, 6 : « Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus; ea si solverimus, repetere non possumus ».

158. On peut interpréter ce texte en disant que « si l'on a la rétention, sans avoir l'action, pour obtenir ce qui vous est dû, et que l'on paie ce que de son côté l'on doit, on ne pourra répéter en se fondant sur l'omission du droit de rétention », et faire allusion par là aux cas ⁽¹⁾ où le possesseur de bonne foi a construit avec des matériaux lui appartenant sur le terrain d'autrui. Le droit romain lui permet de repousser, à l'aide d'une exception de dol insérée dans la formule, l'action en revendication du propriétaire, tant que ce propriétaire n'a pas payé au possesseur, au choix de celui-ci, ou sa dépense ou la plus-value résultant de sa construction. Mais si le possesseur vient à perdre la possession, le droit romain lui refuse une action pour obtenir ce à quoi il a droit ⁽²⁾.

159. D'autres auteurs ont cru que le texte se rapportait à

⁽¹⁾ Saleilles, *Obl.*, n. 175.

⁽²⁾ Accarias, *Précis de dr. rom.*, I (4^e édit.), p. 648.

une hypothèse d'obligation naturelle. « Ce qu'on ne peut arracher à son débiteur ni au moyen d'une action, ni par l'effet de la compensation, écrit Brinz, mais seulement par une *retentio*, doit être considéré comme une dette et il n'y a pas lieu de le restituer ». Et il renvoie en note à la loi 51. Mais pour aboutir à ce résultat, on doit supposer que le verbe *habere* a pour sujet le créancier, tandis que le verbe *solvere* a pour sujet le débiteur. Il faudrait donc traduire ainsi : « Dans les cas où nous avons la rétention et pas l'action (nous, les créanciers), si nous payons (nous, les débiteurs) nous ne pouvons répéter ». Si l'on n'adopte pas cette interprétation, dit Brinz, il faut alors penser, pour résoudre la difficulté, « qu'il s'agit, dans le texte, de l'abandon de la chose retenue, qui, par suite, ne peut être réclamée. Mais abandonner une chose dont on a la *retentio* n'est aucunement *solvere*, et on comprend facilement que cela même qu'on peut simplement retenir, on ne peut le répéter ». Adopte-t-on, au contraire, l'interprétation de Brinz, le texte s'éclaire. Le paiement est fait à celui qui peut se prévaloir de la rétention, et non effectué par lui : il est créancier en vertu d'une obligation naturelle dont l'exécution une fois consommée est définitive ⁽¹⁾.

Mais il faut, pour en tirer cette décision, imposer au texte une véritable torture, et on ne peut s'empêcher de remarquer que Pomponius aurait employé une forme bien contournée et bien obscure pour rendre une pensée aussi simple et aussi naturelle. D'ailleurs Windscheid pense que cette loi 51 représente une opinion isolée, vestige d'une conception plus ancienne et abandonnée depuis ⁽²⁾.

(1) Brinz, *Pand.*, § 304, texte et note 13, II (2^e partie), p. 543; Accarias, *op. cit.*, II, n. 659-1^o.

(2) Windscheid, *Pand.*, § 426, note 12 *in fine*, II, p. 896.

160. Dernburg ⁽¹⁾, qui cite à l'appui de son opinion l'autorité de Römer, s'en tient à l'interprétation stricte du texte controversé qu'il étudie dans le chapitre consacré par lui à l'*Exceptio non adimpleti contractus*. L'auteur part du principe que notre exception est de nature dilatoire. Celui qui exécute, croyant à tort que son co-contractant a exécuté, ne peut, au moyen de la *condictio indebiti*, répéter ce qu'il a payé. Car il a payé ce qu'il devait; donc il ne peut y avoir en l'espèce paiement de l'indû.

Sans doute on a objecté à cette manière de voir « que cette réponse pourrait être faite toutes les fois qu'on a payé une dette paralysée par une exception, ce qui n'a pas empêché les Romains d'étendre la notion de l'*indebitum* à une dette de ce genre, tout au moins si l'exception est perpétuelle » ⁽²⁾. Mais cette objection ne peut guère avoir, à notre avis, de valeur en ce qui concerne l'*Exceptio non adimpleti contractus*, parce que nous croyons bien que cette exception n'est pas perpétuelle : on doit plutôt dire qu'elle est dilatoire *ex tempore*. Or, quand une dette paralysée par une exception purement temporaire était payée en dépit de cette exception, le droit romain refusait la répétition, parce qu'au fond la position du débiteur est celle d'un débiteur à terme, et qu'il est certain que le paiement fait avant terme ne peut jamais être répété ⁽³⁾.

D'après Dernburg, il est clair également que celui qui a payé, comptant bien que la contre exécution suivrait immédiatement son exécution, ne peut non plus répéter quand son attente vient à être trompée. Car en n'exigeant pas que le contrat soit exécuté trait pour trait, il a suivi la foi de l'au-

(1) Dernburg, *Pand.*, § 21, notes 6 et 7, II, p. 59.

(2) Saleilles, *Oblig.*, n. 175.

(3) Accarias, *Précis de dr. rom.*, II, n. 659-1^o, p. 435.

tre partie. On ne pourrait lui accorder la répétition que s'il avait été séduit par les manœuvres dolosives de son co-contractant.

161. Windscheid, qui a été souvent l'inspirateur des rédacteurs du nouveau code civil allemand, prend absolument le contre-pied des idées admises par Dernburg. « Celui qui a exécuté a-t-il le droit de répéter ce qu'il a presté quand son co-contractant n'exécute pas de son côté? D'après le droit actuel, dit Windscheid, cette faculté est exclue dans tous les contrats synallagmatiques. Cependant il est fait exception à cette règle ⁽¹⁾ au profit de celui qui a exécuté son obligation parce qu'il croyait à tort avoir déjà reçu la contre-prestation à lui due, ou qu'il espérait que la contre exécution suivrait immédiatement son exécution. Mais la répétition ne lui est accordée que s'il est absolument manifeste que cette croyance erronée ou cet espoir d'exécution ont été la condition de la prestation qu'il a effectuée.

» Dans le premier cas (croyance erronée qu'il a reçu la contre-prestation) celui qui a fait toute sa prestation pourra se prévaloir de la *condictio indebiti*, car il a presté pour exécuter l'obligation que le contrat lui imposait, mais cette obligation était paralysée par une exception à laquelle il a, par erreur, renoncé. Sans doute on a pu s'appuyer sur la loi 51 pour admettre la solution contraire. Mais il est des plus contestables qu'on puisse sur ce point s'en référer à ce texte.

Dans le deuxième cas, quand celui qui a exécuté l'a fait dans l'espoir que la contre-exécution serait immédiatement effectuée, sans qu'il lui soit nécessaire de recourir à la justice

⁽¹⁾ Doch steht es auch nach heutigem Rechte dem Leistenden dann zu, wenn er in der irrigen Annahme bereits erfolgter oder in der Erwartung erfolgender Gegenleistung geleistet hat, und zugleich bei seiner Leistung in erkennbarer Weise hervorgetreten ist dass diese Annahme bzw. Erwartung die Voraussetzung seiner Leistung bilde (Windscheid, *Pand.*, § 321, II, p. 326.)

pour l'obtenir, il y a lieu d'accorder la *condictio ob causam datorum*. Celui qui a presté, dans cette hypothèse ne l'a pas fait pour remplir son obligation, puisqu'il savait bien qu'il n'avait pas à l'exécuter, mais en fait pour obtenir la contre-prestation à laquelle il avait droit : il a dans ce but renoncé à son exception » (1).

162. M. Saleilles semble bien adopter les idées de Windscheid. Le jurisconsulte français fait intervenir l'idée de cause pour expliquer sa solution. Si le prestant a payé ignorant qu'il eût la rétention, si, par exemple, c'est un héritier qui a cru, par erreur, que son auteur avait reçu la contre-prestation, « on peut dire avec raison qu'il paie en vue d'une cause qui n'existe pas, puisque la raison d'être du paiement qu'il effectue n'est pas à proprement parler l'obligation dont il est tenu, mais la croyance où il est que la prestation réciproque a été fournie ». Et il accorde au prestant la *condictio ob rem datam* (2).

163. M. Saleilles, en se plaçant dans l'hypothèse d'un héritier qui paie par erreur, envisage peut-être le cas qui plaiderait le plus en faveur de l'admission d'une *condictio* pour permettre au prestant de ressaisir ce qu'il a payé. Mais il faut bien dire que dans la majorité des cas que présente la vie courante celui qui exécute saura bien que son co-contractant n'a pas exécuté. Tant pis pour lui s'il n'examine pas, avant de remplir son obligation, la chose que l'autre partie lui a livrée ou s'il a assez confiance en son co-contractant pour ne pas s'en tenir à l'exécution « donnant-donnant ».

164. Quant à l'erreur de droit qu'on pourrait invoquer

(1) Dernburg fait remarquer à ce propos que toutes ces distinctions ne trouvent aucun fondement dans les faits de la vie courante (note 7 précitée).

(2) Saleilles, *Oblig.*, n. 176.

pour admettre, en notre hypothèse, le fonctionnement de la *condictio indebiti* ou *ob rem datam*, nous ne craignons pas de la rejeter de la discussion parce qu'il nous paraît bien être dans la conscience du peuple et dans la conception courante que tout contrat synallagmatique doit s'exécuter trait pour trait : à moins d'avoir confiance en son co-contractant, on ne se dessaisit guère d'une main de ce qu'on doit qu'en tenant de l'autre ce à quoi l'on a droit.

165. Il ne faut pas étendre de façon exagérée le rôle de l'*Exceptio non adimpleti contractus*. Comme le dit M. Charmont, ce qui fait le danger de cette exception, « c'est qu'elle permet de se faire justice à soi-même. C'est comme un droit de légitime défense qui ne doit pas être supprimé, mais qu'il convient de réglementer » ⁽¹⁾. Aussi nous paraît-il préférable de suivre l'enseignement de Dernburg et nous verrons que c'est pour cette solution que le code allemand semble bien avoir opté.

(1) Charmont, *loc. cit.*, p. 69.

TITRE II

L'EXCEPTION DE REFUS DE PAIEMENT DANS LE CODE CIVIL ALLEMAND

166. Sous le présent titre, nous allons étudier les dispositions du nouveau code civil allemand relatives à l'exception de refus de paiement dans la matière contractuelle et en particulier dans les contrats synallagmatiques.

Nous aurons plus d'une fois l'occasion de renvoyer au premier titre de notre première partie, car le législateur allemand n'a guère fait que consacrer l'une ou l'autre des théories que nous avons exposées et qui se trouvaient en conflit au moment de la codification.

Un premier chapitre sera consacré à ce que nous avons appelé l'exception de refus de paiement de façon générale.

Dans un deuxième chapitre nous étudierons l'*Exceptio non adimpleti contractus*, et dans un troisième chapitre l'*Exceptio non rite adimpleti contractus*.

CHAPITRE PREMIER

L'EXCEPTION DE REFUS DE PAIEMENT EN GÉNÉRAL

167. Le législateur de 1896 exige, pour que le droit de rétention existe, un certain lien entre les deux obligations qui se font face, sans lequel chacune de ces obligations devrait être exécutée indépendamment de l'autre. Il a en effet admis le principe de la connexité, malgré les critiques de Windscheid ⁽¹⁾.

168. Dans quel cas cette connexité va-t-elle se trouver réalisée de façon que chacune des parties ait le droit de refuser la prestation due jusqu'à ce que la prestation lui revenant ait été effectuée? Dans deux hypothèses principales, à chacune desquelles correspond l'un des deux premiers alinéas de l'article 273. Cette distinction, nous l'avons dit, n'est autre que celle que nous avons admise à la suite de la majorité des auteurs français modernes ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Le législateur allemand n'a pas osé généraliser le système hardi qu'il avait admis en matière commerciale (art. 369 C. com.). « Le droit de rétention, disent les rédacteurs des Motifs, n'a pas lieu à l'occasion de chaque prestation sans s'inquiéter de savoir si celle-ci est ou non en relation avec la prestation due, mais on tient ferme à l'exigence de la connexité » (Motive, sur le § 233, II, p. 41). Cela montre bien que les législations positives estiment de toute nécessité d'empêcher à l'aide d'un principe suffisamment juridique, qui prête à l'interprétation du juge et non à son arbitraire, le retour à une véritable saisie privée.

⁽²⁾ Planiol, *Traité de dr. civ.*, II, n. 2539-20. Mais M. Planiol a tort de dire que l'alinéa 1 vise l'hypothèse d'un rapport synallagmatique et que « c'est l'*Exceptio non adimpleti contractus* sur laquelle le code revient plus loin ». L'alinéa 1 article 273 a une portée bien plus large.

169. L'alinéa 1 de l'article 273 (et c'est de sa disposition seulement que nous nous occuperons dans ce chapitre, renvoyant l'étude de l'alinéa 2 à notre deuxième partie), reconnaît à un débiteur le droit de refuser la prestation qu'il doit jusqu'à ce que celle qui lui est due soit exécutée, *si en vertu du même rapport juridique qui sert de fondement à son obligation ce débiteur a contre le créancier une prétention qui soit échue.*

170. Voici les remarques que suggère à Planck cet alinéa : « L'application pratique la plus importante de ce principe concerne les contrats synallagmatiques. Mais les prétentions réciproques des parties tirées des contrats synallagmatiques imparfaits dépendent également d'un même rapport juridique. Ainsi, en matière de mandat, la demande du mandataire en remboursement des dépenses faites (art. 670) a la même origine juridique que son obligation de restituer ce qu'il a perçu pendant son administration (art. 667). On peut faire la même remarque pour ce qui est du prêt à usage (art. 601), du dépôt (art. 693 et 694), de la gestion d'affaires (art. 683), de l'obligation du débiteur de ne payer que contre délivrance d'une quittance (art. 368).

Dans certains cas, il peut être difficile de savoir si les deux prestations sont fondées sur le même rapport juridique. Il faudra alors voir (et cette considération sera décisive), si ce fait juridique d'où dépendent les deux prestations réciproques peut être considéré comme un fait unique et homogène, d'après les conceptions de la vie courante et d'après la loyauté et la confiance réciproque. En somme, ce sera souvent une question d'espèce » (1).

171. Cet alinéa 1 de l'article 273 correspond exactement

(1) Planck, *B. G. B.*, sur le § 273, I a., II, p. 44 et 45.

au droit de rétention en matière contractuelle, c'est-à-dire à ce que nous avons appelé pour plus de commodité l'exception de refus de paiement.

172. Ne voulant étudier le droit allemand que pour faciliter l'étude du droit français, nous n'insisterons pas plus que Planck lui-même sur les cas particuliers d'application du refus de paiement en droit allemand, sauf ce que nous allons dire dans les chapitres suivants de l'*Exceptio non adimpleti contractus* et de l'*Exceptio non rite adimpleti contractus*.

173. Ce qu'on peut remarquer, c'est que ces deux derniers moyens de défense sont compris dans le droit de rétention de l'alinéa 1 de l'article 273 ⁽¹⁾. C'est ainsi que M. Kipp écrit : « L'*Exceptio non adimpleti contractus* est une exception du droit de rétention au sens de l'article 273 » ⁽²⁾. Seulement le code traite de façon particulière l'exception de refus de paiement en matière de contrats synallagmatiques par souci de conserver un ordre scientifique dans ses dispositions, et aussi, selon nous (bien que cette opinion soit peut-être un peu conjecturale), parce que le législateur a pensé que la connexité qui doit présider à la naissance du droit de rétention est ici, sinon d'une autre nature que partout ailleurs, du moins plus étroite et plus certaine, pour la raison que, suivant une idée que nous avons déjà exprimée, elle est entrée avec plus de force dans l'intention présumée des parties.

174. Nous exposons ici, comme une sorte d'appendice, une question accessoire. Cette question est sans doute commune aux deux hypothèses fondamentales de rétention. Mais comme c'est surtout pour ce qui concerne l'exception de refus de

⁽¹⁾ Le législateur allemand appelle ce droit de rétention « Zurückbehaltungsrecht ».

⁽²⁾ Kipp., *op. cit.*, § 321, B. G. B., 3^e II, p. 324.

paiement en matière de contrats synallagmatiques que la solution est intéressante, nous préférons la rechercher immédiatement.

175. En Allemagne, il n'y a pas seulement un intérêt de méthode et de classification à distinguer le droit de rétention de l'exception de refus de paiement, mais encore un intérêt pratique relativement considérable.

A. Cet intérêt se manifeste d'abord en matière de faillite. S'agit-il, en effet, de contrat synallagmatique qui n'a pas encore reçu d'exécution de part ni d'autre, le syndic peut, à son choix, ou l'exécuter ou le résilier, mais à condition d'y être autorisé par la commission des créanciers quand l'affaire concernera des objets d'une valeur supérieure à 300 marcs (art. 133, l. 17 mai 1898); si le syndic se décide pour l'exécution, il doit de son côté exécuter intégralement (art. 17, même loi) et cette dette qu'il paie est considérée comme dette de la masse (art. 59-2°, même loi).

S'agit-il au contraire d'une hypothèse où le droit de rétention proprement dit fonctionne au profit d'un créancier de la faillite, le syndic ne peut écarter ce droit comme il lui est possible de le faire pour l'*Exceptio non adimpleti contractus* au moyen de la résiliation.

B. Le droit de rétention confère au créancier du failli le droit de se payer par préférence sur les valeurs retenues : « C'est plus qu'une rétention, écrit M. Thaller, c'est un privilège basé sur une idée de gage » ⁽¹⁾. Cette conséquence résulte de la loi de 1898, art. 48 et 49 ⁽²⁾. En matière de con-

⁽¹⁾ Thaller, *op. cit.*, II, p. 35.

⁽²⁾ L'art. 49 dit : « Sont assimilés aux créanciers gagistes désignés dans l'art. 48... : 4° ceux à qui le Code de commerce reconnaît un droit de rétention sur certains objets » et l'art. 48 : « Les créanciers qui possèdent sur un objet appartenant à la masse un droit de gage dérivant d'un acte juridique, peuvent, en raison de leur qualité de créanciers gagistes, réclamer sur les choses qui leur ont été engagées

trats synallagmatiques, au contraire, la contre-partie du failli n'aurait pas le droit de vendre à une autre personne que le failli la chose qu'elle devrait fournir à ce dernier, afin d'obtenir intégralement la valeur de la chose, car elle aboutirait ainsi à faire résilier le contrat et seul le syndic peut exercer le droit de résiliation ⁽¹⁾.

C. L'intérêt qu'on peut trouver à distinguer en Allemagne le droit de rétention de l'*Exceptio non adimpleti contractus* est surtout manifeste à la lecture de l'article 273 al. 3 : « Le créancier peut écarter l'exercice du droit de rétention par une prestation de sûreté. La prestation de sûreté qui consisterait en une caution est exclue ». D'après les Motifs, cette disposition a été empruntée au code prussien (art. 552 et suiv.). Les rédacteurs du premier projet ne considéraient pas le droit de rétention comme un mode de libération ni un droit réel, mais comme une saisie effectuée par le créancier sur lui-même, pour la garantie du paiement de la créance à lui due. De sorte que cette manière de saisie pourrait être, sans inconvénient, écartée par l'offre d'une garantie réelle équivalente, mais non par celle d'une caution, qui n'est qu'une garantie personnelle : c'est en effet que le droit de rétention, tout en n'étant pas un droit réel, constitue cependant une garantie réelle ⁽²⁾.

Si l'on rapproche l'article 273 al. 3 de l'article 320 al. 1., il apparaît que la faculté accordée au créancier par la pre-

un règlement séparé portant d'abord sur les frais, ensuite sur les intérêts et en dernier lieu sur le capital ».

⁽¹⁾ Sans doute une disposition du Code de commerce de 1869, l'article 354, permettait au vendeur de vendre la marchandise pour le compte de l'acheteur en retard pour le paiement du prix (Cf. art. 357 du Code). Cependant cette disposition ne se rattache pas au droit de rétention, mais n'est que la confirmation d'usages commerciaux (Cf. art. 376 Code de commerce actuel).

⁽²⁾ Motive, II, p. 43 et 44; Saleilles, *C. civ. all. ann.*, sous l'art. 273, I, p. 291 et 292.

mière disposition lui est refusée par la seconde. C'est qu'il y a, entre les deux obligations réciproques nées d'un contrat synallagmatique, une union si intime que, au moment où la convention est formée, chaque partie a dû compter sur la prestation promise par l'autre comme équivalent à celle qu'elle s'engageait elle-même à fournir, et il est certain que, sauf clause contraire, il n'est pas entré dans l'intention des contractants que l'un d'eux pourrait, sans exécuter lui-même, mais en se contentant simplement de fournir une sûreté en échange de sa prestation, exiger l'exécution de la part de l'autre.

Nous croyons que la disposition de l'article 320 al. 1 n'est applicable qu'aux contrats synallagmatiques proprement dits. L'article 273 est en effet rédigé de façon assez générale pour comprendre toutes les hypothèses possibles de rétention. La disposition de son 3^e alinéa s'appliquerait donc à toutes ces hypothèses, y compris aux contrats synallagmatiques, si l'article 320, spécial à ces derniers, n'était venu en disposer autrement. Donc, quand il s'agira de contrat synallagmatique imparfait, le mandat par exemple, où pourtant les deux obligations réciproques sont presque aussi unies que celles dérivant d'un vrai contrat synallagmatique, il faudra appliquer la disposition de l'article 273 al. 3, et dire que le mandataire pourra être obligé de restituer ce qu'il détient en vertu de son mandat, si le mandant lui offre une sûreté suffisante pour lui garantir le paiement de ses débours.

CHAPITRE II

L'EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS PROPREMENT DITE

176. Bien avant le code allemand, d'autres législations avaient dégagé le principe de l'exécution trait pour trait dans les contrats synallagmatiques. C'est ainsi que le Code prussien, mis en vigueur le 1^{er} juin 1794, disait déjà : « Personne ne peut exiger l'exécution d'un contrat onéreux où n'est pas stipulé un terme déterminé, avant d'être prêt et en état lui-même d'exécuter ce contrat de son côté » (art. 232, 1^{re} partie, titre V). Et le code d'Argovie : « Celle des parties contractantes qui veut contraindre l'autre à l'exécution du contrat doit de son côté l'avoir exécuté ou être prête à l'accomplir, à moins que d'après la nature de l'affaire ou une disposition expresse du contrat, elle ne doive remplir son engagement que plus tard » (art. 649). Les codes de la République Argentine (art. 1201), du Monténégro (art. 538), du Japon (art. 533), le code fédéral suisse des obligations (art. 95) s'expriment tous presque dans les mêmes termes.

177. Le code allemand a emprunté le principe de l'exécution trait pour trait au code saxon qui consacrait un certain nombre d'articles à l'*Exceptio non adimpleti contractus*. L'art. 839 de ce code disposait : « Celui qui, en vertu d'un contrat synallagmatique, exige de l'autre partie l'exécution du contrat, doit aussi avoir exécuté ou être prêt à le faire, à moins qu'aux termes de la convention ou d'après la nature de l'affaire, l'autre ne doive exécuter avant lui ».

M. André, qui écrivait peu après la publication du premier projet, avait proposé de simplifier les nombreuses dispositions que ce projet consacrait à l'*Exceptio non adimpleti contractus* en les remplaçant par ce simple article : « Celui qui veut exiger l'exécution d'un contrat synallagmatique doit l'exécuter lui-même ; cette disposition ne s'appliquera que si le défendeur s'en prévaut ». L'auteur prétendait, à l'aide de cette seule disposition, consacrer l'existence de l'*Exceptio non adimpleti contractus* dans toutes ses formes, et justifier la théorie du paiement apparent ⁽¹⁾.

Le code allemand, imitant en cela le code saxon, a été beaucoup plus prolix. Peut-être n'était-ce pas de toute nécessité : il suffit en effet au législateur de poser un principe suffisamment clair pour que la pratique en tire toutes les conséquences logiques.

178. Le premier projet consacrait au principe de l'exécution trait pour trait, tel qu'il est posé et réglementé par l'article 320 actuel, trois articles qui ont été réduits à un par la deuxième commission. L'article 320 est ainsi conçu : « Qui-conque est obligé en vertu d'un contrat synallagmatique peut refuser la prestation qui lui incombe jusqu'à ce que la contre-prestation soit effectuée à moins qu'il ne soit obligé d'exécuter le premier. Si la prestation doit être faite à plusieurs, la part revenant à l'un d'eux en particulier peut lui être refusée jusqu'à ce que soit effectuée la contre-prestation dans son entier. La disposition de l'article 273 al. 3 ne reçoit pas application. — Si de l'un des deux côtés la prestation a été fournie pour partie, la contre-prestation ne peut pas être refusée dans la mesure tout au moins où, d'après les circonstances, et en particulier à raison du peu d'importance rela-

(1) André, *op. cit.*, p. 184 et 185

tive de la partie qui reste à fournir, ce refus constituerait une atteinte à la loyauté et à la confiance réciproque ».

Le législateur de 1896 pouvait choisir entre la théorie d'Heerwart et celle de Keller, et deux législations allemandes avant lui s'étaient respectivement inspirées de l'une et de l'autre. L'article 271 du code prussien de 1794 (1^{re} partie, titre V) consacrait la théorie dite de Keller, puisqu'il faisait de l'exécution préalable une condition de la demande. Dès lors l'*Exceptio non adimpleti contractus* devenait une contradiction directe de cette demande au lieu d'être une véritable exception, et nous ne revenons pas sur les conséquences possibles de cette distinction. Le code saxon adoptait ouvertement dans son article 860 la théorie d'Heerwart : « Le demandeur, dit-il, peut attendre que le défendeur oppose une exception à sa demande ». C'est cette dernière solution que le code allemand a consacrée ⁽¹⁾. Nous savons que la question de preuve est maintenant indépendante du débat : nous verrons, en étudiant l'article 322, comment le législateur de 1896 s'est prononcé sur cette question.

Planck fait remarquer que le principe de l'exécution simultanée tel que le prévoit l'article 320 est de nature dispositive, et qu'il ne s'applique pas quand, d'après le contenu du contrat, l'une des parties doit exécuter la première.

179. Sous l'empire de la nouvelle législation, on admet en Allemagne que l'*Exceptio non adimpleti contractus* est une exception dilatoire, en ce sens que loin de faire résoudre le contrat, elle a pour but d'assurer son exécution dont elle ne fait que retarder le moment ⁽²⁾.

180. Le code prévoit le cas où l'une des deux prestations qui se font face doit être effectuée à plusieurs ayants-droit,

⁽¹⁾ Motive, § 366, II, p. 204 ; Planck, *op. cit.*, sous le § 320-1, II, p. 92.

⁽²⁾ Kipp, *op. cit.*, § 321-I, B. G. B., 4, p. 324.

parce que la disposition de l'article 420, — qui déclare que dans le cas de prestation divisible, dans le doute, chaque débiteur n'est obligé que pour une part égale et chaque créancier n'a droit qu'à une part égale, — aurait pu faire hésiter le commentateur dans l'application de l'*Exceptio non adimpleti contractus* à certaines hypothèses particulières.

Soit deux personnes ayant vendu une quantité déterminée de choses fongibles : chacune d'elles peut en principe exiger la moitié du prix, tout en ne fournissant que la moitié de la quantité stipulée. On aurait pu croire que l'acheteur n'aurait pu lui opposer l'*Exceptio non adimpleti contractus*, pour obtenir le reste de ce qui lui avait été vendu. L'article 320, al. 1 en décide autrement. L'acheteur n'est donc pas astreint à payer la moitié du prix d'achat si l'objet vendu ne lui est pas intégralement livré. Mais il peut, au contraire, refuser le paiement de cette moitié du prix, non seulement tant que le demandeur qui offre cette moitié des marchandises n'a pas exécuté son obligation, mais encore jusqu'à ce que l'autre co-vendeur ait également presté.

Encore faut-il remarquer que la disposition de l'article 320 n'a d'importance que pour le cas où il n'y aurait pas solidarité entre les vendeurs, c'est-à-dire qu'elle aura peu souvent l'occasion de s'appliquer. L'article 427 décide en effet que « si plusieurs personnes, par contrat, s'obligent en commun à une prestation divisible, elles en sont tenues, dans le doute, comme débiteurs solidaires », et l'article 431 pose le même principe quand il s'agit de prestation indivisible. Dans ces hypothèses, les vendeurs étant solidaires, l'acheteur aurait droit au paiement total, en vertu des principes de la solidarité (art. 421 et suiv.), donc à la livraison globale de l'objet qu'il pourrait demander à l'un quelconque des débiteurs. Il est vrai que la règle de l'article 427 n'est qu'interprétative, et

que si la solidarité était écartée par la volonté expresse des parties, il faudrait alors recourir à la disposition de l'article 320, al. 1 ⁽¹⁾.

181. L'al. 2 de l'article 320 tranche une question sur laquelle nous reviendrons plus loin, celle de savoir si l'*Exceptio non rite adimpleti contractus* doit ou non être admise, c'est-à-dire si, après la livraison effectuée, le débiteur à qui elle a été faite pourra encore refuser ce qu'il doit jusqu'à ce que les vices qui infectent ce qu'il a reçu aient disparu ou que la prestation partielle ait été complétée. On aurait pu croire que ce débiteur n'aurait eu à sa disposition que les moyens dérivant de la résolution ou de la garantie. *Mais le principe est que l'Exceptio non adimpleti contractus peut être opposée à l'aide de toute la prestation qu'on doit pour obtenir intégralement la contre-prestation* ⁽²⁾. Quant à la question de savoir à qui incombera alors la charge de la preuve, elle est résolue par l'article 363.

182. Cependant le principe appliqué rigoureusement pourrait conduire à des conséquences iniques pour le cas où le contractant qui oppose l'exception pour ne pas exécuter aurait déjà reçu une partie de la prestation à lui due. Il va pouvoir en jouir sans avoir de son côté absolument rien déboursé. L'al. 2 de l'article 320 vient apporter à ce résultat excessif un tempérament fort équitable. La rédaction en est due à l'initiative de la deuxième commission. Le premier projet ne contenait aucune disposition de ce genre, bien que les rédacteurs des Motifs aient admis comme tout naturel que, dans certaines circonstances, et en particulier dans le cas du peu d'importance relative du vice ou de la partie

⁽¹⁾ Planck, *op. cit.*, sous l'art. 320-2, p. 93; Kipp, *op. cit.*, § 321, I, B. G. B., II, p. 323; Saleilles, *C. civ. all. ann.*, sous l'art. 320, § II, p. 450.

⁽²⁾ Kipp, *loc. cit.*, *supra*.

manquante allégués, une *replicatio doli* pourrait être accordée au demandeur ⁽¹⁾. On a considéré, dans la suite, que cette *replicatio doli* devait être admise non seulement dans l'hypothèse que prévoyaient les Motifs, mais encore au cas où le vice ou la partie manquante dont l'existence serait invoquée par le défendeur pour refuser son paiement atteindraient une importance relativement considérable. Seulement il est à remarquer que si le demandeur qui a simplement fourni une partie de l'objet vendu n'exécute pas, d'une façon intégrale, volontairement ou par négligence, l'obligation qui lui incombe, le défendeur ne violerait ni les usages ni la bonne foi en lui opposant une exception pour le tout.

183. Pour que la règle équitable de l'article 320, al. 2 reçoive application, il faut supposer qu'un vendeur se trouve dans l'impossibilité actuelle d'accomplir intégralement son obligation sans que toutefois il soit libéré, conformément à l'art. 275 ou que son obligation se soit transformée en une obligation à dommages-intérêts en vertu de l'article 280. L'acheteur qui a accepté la prestation partielle agirait contre la bonne foi s'il voulait conserver ce qu'il a reçu sans rien payer du prix d'achat. En pareil cas, il doit, au contraire, déboursier au moins une partie du prix correspondant à la prestation partielle effectuée par le vendeur ⁽²⁾.

Sans doute, il se produit ainsi une sorte de moyen terme contraire au but même du contrat. Mais il est toujours possible à l'acheteur d'en arriver au règlement définitif. Il peut faire condamner le vendeur à fournir la partie de la prestation pour laquelle il se trouve en retard et, en vertu de l'article 283, lui fixer un délai convenable pour cette exécution, avec déclaration qu'il rejette toute acceptation de la

⁽¹⁾ Motive, § 364, II, p. 203.

⁽²⁾ Saleilles, *C. civ. ann.*, sous l'article 320, § 5, I, p. 452.

prestation après expiration du délai. Passé ce délai, l'acheteur a, aux termes de l'article 325 al. 2, le choix entre les divers moyens qui lui sont ouverts en vertu de cet article 325 : exiger réparation du dommage pour inexécution partielle ou, si son intérêt le veut, pour inexécution de l'engagement dans sa totalité, mais en garantissant dans ce dernier cas la restitution de la partie de l'objet vendu déjà obtenue, ou bien enfin résilier le contrat dans son entier.

Par contre, en supposant la même hypothèse, le vendeur ne peut pas, comme l'acheteur, aboutir à un règlement définitif du contrat. Il faudrait qu'il se résignât, tant qu'il ne serait pas en état de compléter sa prestation, à voir l'acheteur conserver ce qu'il a livré à ce dernier et en jouir sans absolument rien payer de son côté. C'est un résultat évidemment inique et l'acheteur violerait sans contredit la bonne foi s'il abusait de la situation favorable où il se trouve. Aussi, si cet acheteur ne veut pas user des moyens que lui ouvrent les articles 283 et 325, s'il préfère conserver la partie de la prestation qu'il a reçue jusqu'au moment où le vendeur sera en état de lui livrer le reste, il est équitable qu'il paie à son co-contractant une partie du prix correspondante.

Planck reconnaît qu'il sera difficile, dans certaines hypothèses, de dire si et dans quelle mesure le refus de paiement du défendeur sera justifié ou manquera à la bonne foi. Mais c'est un danger que l'on court toutes les fois qu'on veut opposer à un principe trop rigide un tempérament que réclame l'équité ⁽¹⁾.

184. D'après M. Kipp, il faudrait étendre la disposition de l'article 320, al. 2, au cas où la prestation partielle acceptée par un contractant a été effectuée par un ou plusieurs

⁽¹⁾ Planck, sous l'art. 320-4°, p. 93 et 94; Saleilles, *C. civ. all. ann.*, sous l'art. 320, p. 452.

parmi un certain nombre de co-contractants. Sans doute, dit l'auteur, en supposant dix co-contractants, si neuf d'entre eux ont livré neuf dixièmes de la prestation divisible qu'ils devaient en commun, la partie adverse peut, aux termes de l'article 320, al. 1, refuser de livrer, non seulement au retardataire, mais encore à chacun des neuf autres, le dixième de la prestation qu'elle leur doit respectivement en retour. Cependant, en de pareilles circonstances, il peut être équitable de n'admettre l'*Exceptio non adimpleti contractus* que pour un dixième de la prestation totale du débiteur et il faudra voir d'après l'équité si ce refus de paiement partiel doit être opposé *pro rata parte* à chacun des co-contractants ou s'il ne doit l'être qu'au retardataire jusqu'à concurrence du dixième qu'il n'a pas payé ⁽¹⁾.

185. L'*Exceptio non adimpleti contractus* n'appartient, nous le savons, qu'à celui qui, en vertu du contrat ou d'après la nature de l'affaire, n'est pas obligé d'exécuter avant l'autre. L'article 321 vient pourtant faire échec à ce principe. « Celui qui, en vertu d'un contrat synallagmatique, est obligé à exécuter le premier peut, lorsqu'après la conclusion du contrat, il se produit dans la situation patrimoniale de l'autre partie une diminution de valeur essentielle, susceptible de mettre en péril la prétention relative à la contre-prestation, refuser la prestation qui lui incombe jusqu'à ce que la contre-prestation ait été effectuée ou qu'une sûreté ait été fournie en ce qui la concerne » (Cf. art. 96 et 332 C. féd.; art. 1613 C. civ. fr.). Cette disposition est l'œuvre de la deuxième commission. Elle est inspirée par une pensée analogue à celle qu'on retrouve dans l'article 610 en matière de prêt. Il résulte des termes mêmes de l'article 321 que toute aggravation de

(1) Kipp, *loc. cit.*, *supra*, p. 324.

la mauvaise situation du co-contractant n'est pas indifférente, mais qu'il faut que le droit à la contre-prestation que ce co-contractant doit fournir soit sérieusement menacé. C'est une question de fait dont la preuve est à la charge de qui s'en prévaut et qui dépendra de l'appréciation des magistrats.

Pour que celui qui doit exécuter le premier puisse invoquer la disposition de l'article 321, il faut que la diminution de valeur essentielle qu'exige cet article se soit produite après la conclusion du contrat. Il n'en serait plus de même si elle était survenue auparavant, même au cas où il n'y aurait eu aucune faute de la part du co-contractant à avoir ignoré cet état de choses. Une erreur de ce genre reste sans influence sur la déclaration de volonté de ce co-contractant. Il n'avait qu'à prendre ses précautions et à bien se renseigner, comme il est coutume de le faire en matière commerciale. Cependant, s'il avait été induit en erreur par les manœuvres dolosives de l'autre partie, ou seulement si cette dernière, interrogée par lui sur sa véritable situation, avait gardé le silence, il pourrait attaquer le contrat par application de l'article 123. Mais on sort alors du domaine de l'article 321.

Pour que les dispositions de l'article 321 reçoivent application, il n'est pas nécessaire que la situation de fortune de l'autre partie, au moment du contrat, ait été excellente. Il suffit que cette situation, déjà mauvaise alors, ait empiré depuis et que, par ce fait, le droit à la contre-prestation qui appartient à celui qui doit exécuter le premier soit sérieusement mis en péril.

Si les conditions de l'article 321 se trouvent réalisées, celui qui est astreint à l'exécution préalable peut invoquer l'article 320 pour obtenir l'exécution trait pour trait, avec cette réserve toutefois que la partie à qui il oppose l'*Exceptio non adimpleti contractus* peut écarter cette exception en fournis-

sant une sûreté. On peut donc rapprocher cette prescription de celle de l'article 273, al. 3, avec cette remarque cependant que, alors que l'article 273, al. 3 exclut la prestation d'une sûreté qui consisterait en une caution, l'article 321 doit être interprété par simple référence aux articles 232 et suiv. ⁽¹⁾.

186. Mais quel va être exactement l'effet de l'*Exceptio non adimpleti contractus*? C'est l'article 322 qui répond à cette question : « Lorsque, en vertu d'un contrat synallagmatique, l'une des parties intente action à fin d'obtenir la prestation qui lui est due, le fait, par l'autre partie, de faire valoir le droit qui lui appartient de refuser la prestation jusqu'à ce que la contre-prestation soit effectuée, ne produit que cet effet que l'autre partie doit être condamnée à l'exécution trait pour trait. — Si la partie demanderesse doit exécuter la première, elle peut, si l'autre partie est en demeure d'accepter, agir à fin d'obtenir exécution après qu'il y aura eu réception de la contre-prestation. — En ce qui touche l'exécution forcée, il y a lieu de faire application de la disposition de l'article 274, al. 2 ».

Dans le premier projet, tout le contenu de l'article 322 était renfermé dans les articles 365 et 366 dont le premier était, d'ailleurs, d'une rédaction assez obscure. La deuxième commission a préféré les condenser en un seul. Il faut remarquer que l'article 322, al. 1, est rédigé presque dans les mêmes termes que l'article 274 que nous étudierons plus loin. L'*Exceptio non adimpleti contractus* n'est, en effet, qu'une forme particulière du droit de rétention et le droit de rétention tend à obtenir l'exécution trait pour trait.

187. En matière de contrat synallagmatique, une partie peut toujours demander que l'exécution du contrat soit

(1) V. sur tous ces points Planck, *op. cit.*, sous l'art. 321, p. 94 et 95; Saleilles, *C. civ. all. ann.*, sous l'art. 321, p. 453.

simultanément effectuée. Mais elle peut également se borner à exiger la prestation qui lui est due par son co-contractant : pour justifier cette demande, il suffit que le défendeur soit réellement débiteur de la prestation exigée. Il n'est pas nécessaire que le demandeur établisse qu'il a accompli l'obligation qui lui incombe ou qu'il a offert de l'accomplir, en sorte qu'il a mis l'autre contractant en demeure (art. 293).

A cette demande pure et simple, le défendeur peut opposer l'*Exceptio non adimpleti contractus*. Seulement cette exception n'a pas pour effet de débouter complètement le demandeur de sa prétention, car en définitive le défendeur est réellement débiteur. Donc la demande ne doit pas être rejetée, le défendeur doit payer, mais la vertu de l'exception sera telle qu'il ne devra exécuter que contre exécution correspondante, de sorte que si le demandeur n'offre pas de payer ce qu'il doit, le défendeur, bien que condamné à payer, peut se refuser à le faire.

188. La rédaction de l'article 362 P¹ était beaucoup plus générale et, partant, plus absolue que celle de l'article 322 actuel. Cet article disposait : « Le contrat synallagmatique doit être exécuté réciproquement, au même moment, par les contractants, trait pour trait, à moins de dispositions contraires de la loi ou de la convention ». Sans doute, en déclarant formellement que l'exécution concomitante était de l'essence du contrat synallagmatique, l'article 362 P¹ aurait pu donner à penser que « l'une des parties n'aurait jamais pu réclamer purement et simplement ce qui lui est dû... de telle sorte que toute condamnation à payer dût porter que le paiement n'aurait lieu que donnant donnant. C'était excessif » ⁽¹⁾. Cependant, si l'on se reporte aux Motifs ⁽²⁾, on voit

⁽¹⁾ Saleilles, *C. civ. all. ann.*, sous l'art. 322, I, p. 454.

⁽²⁾ Motive, § 362, II, p. 200 et 201.

que ce n'était pas l'intention de leurs rédacteurs, qui adoptent d'ailleurs pleinement les idées de la théorie dominante, mais qu'ils ont voulu, par l'emploi d'une formule rapide et simple, éviter d'abord certaines expressions qu'on trouve dans plusieurs codes et qui peuvent prêter à équivoque au détriment de l'intérêt même des parties, et ensuite écarter une règle posée un peu partout (C. pruss., art. 271; C. sax., art. 859; C. féd., art. 95), aux termes de laquelle une des parties ne peut, en vertu d'un contrat synallagmatique, obtenir la prestation qui lui revient que si elle a exécuté, ou si elle est prête à le faire, ou enfin si elle offre la prestation qu'elle doit. En définitive, l'idéal que poursuivait la première commission était de réaliser au même moment l'échange des deux prestations dues en vertu du contrat. Mais le principe qu'elle avait posé était trop abstrait et général pour pouvoir être maintenu au point de vue du but pratique à atteindre.

189. Quoi qu'il en soit, nous sommes actuellement en face d'une disposition d'où il résulte certainement que si l'*Exceptio non adimpleti contractus* n'est pas invoquée par le défendeur, le juge ne peut la faire intervenir d'office dans le débat et la partie à qui cette exception profiterait devra alors être condamnée non pas à l'exécution contre contre-exécution seulement, mais bien à l'exécution pure et simple ⁽¹⁾.

190. Quant à la question de preuve, le premier projet l'avait tranchée conformément à la théorie d'Heerwart (les Motifs s'expliquent clairement à cet égard) dans l'article 366, aux termes duquel « celui qui, en vertu d'un contrat synallagmatique, réclame la prestation qui lui est due n'a à pré-

(1) C'est également ce que disent les Motifs (§ 366, p. 204). Nous rappelons que de ce principe découlent certaines conséquences d'une importance pratique relativement médiocre, notamment au cas de jugement par défaut et en matière d'Urkundenprocess.

tendre et à prouver, en cas de dénégation, qu'il a fourni la prestation qu'il devait lui-même que si le défendeur prétend que le demandeur n'a pas fourni la prestation dont l'obligation lui incombait ». En vertu de cette disposition le défendeur, s'il dénie que le demandeur ait exécuté, n'a absolument rien à prouver, mais c'est au demandeur au contraire, s'il prétend avoir payé, à en faire la preuve afin d'écarter l'*Exceptio non adimpleti contractus* qu'on lui oppose ⁽¹⁾.

La deuxième commission a cru pouvoir supprimer l'art. 366 parce qu'elle a jugé que la solution qu'il formulait ressortait suffisamment de la façon dont étaient rédigés les art. 320 et 322 et des principes généraux sur la matière. Le défendeur, en effet, n'a pas à prouver, pour refuser sa prestation, que le demandeur n'a pas exécuté, mais à opposer seulement à la demande l'existence du contrat lui-même. S'il y avait discussion sur les clauses de ce contrat, ce serait au demandeur à établir que ces clauses ont été rédigées dans le sens où il le prétend. En tous cas, du fait même de l'existence du contrat synallagmatique, une obligation est présumée exister à la charge du demandeur : c'est donc à lui à prouver que cette dette est éteinte, c'est-à-dire qu'il a exécuté son obligation ⁽²⁾.

191. L'al. 2 de l'art. 322 fait une application de l'art. 293 qui déclare que « le créancier est constitué en demeure dès qu'il n'accepte pas la prestation qui lui est offerte ». Il faut supposer qu'aux termes du contrat une des parties s'est obligée à exécuter la première. En principe, elle ne peut exiger ce qui lui est dû avant d'avoir livré ce qu'elle doit. Mais l'art. 322 al. 2 vient déroger à ce principe. Il peut se faire, en effet, que le demandeur ait offert à son co-contractant la

⁽¹⁾ Molive, § 366, p. 204.

⁽²⁾ Planck, *op. cit.*, sous l'art. 322-1, p. 95 et 96; Kipp, *op. cit.*, § 321-I, B. G. B.-6, p. 325; Saleilles, sous l'art. 322-§ II, p. 455.

prestation qu'il lui doit, et que ce dernier tarde à l'accepter. En vertu de l'art. 293, le défendeur est par là même constitué en demeure, et l'art. 322 permet au demandeur, bien que n'ayant pas encore exécuté, d'exiger l'exécution de l'obligation née du contrat à son profit, mais non pas pourtant purement et simplement. Le jugement qui sera rendu ordonnera bien au défendeur de payer, mais seulement après qu'il aura reçu la contre-prestation. On respecte à la fois les termes du contrat et l'intérêt du demandeur. Le défendeur doit donc prendre immédiatement parti, et s'il refuse la prestation qui lui est offerte, il devra justifier son refus ⁽¹⁾.

192. L'article 322, al. 3 applique aux hypothèses prévues par les alinéas 1 et 2 la disposition de l'article 274, al. 2 ainsi conçu : « Sur le fondement d'une condamnation de cette nature (condamnation du débiteur à l'exécution simultanée) le créancier peut, sans effectuer la prestation qui lui incombe, poursuivre sa prétention par voie d'exécution forcée lorsque le débiteur est en demeure d'accepter ».

L'article 322, dans son premier alinéa, prévoit le cas d'exécution simultanée et dans son deuxième alinéa l'hypothèse où l'une des parties ne doit recevoir ce qui lui est dû qu'après avoir livré ce qu'elle doit. L'article 274, al. 2 ne vise, il est vrai, que la première hypothèse, l'exécution trait pour trait, mais la place qu'occupe dans l'article 322 l'alinéa 3, montre bien que la prescription à laquelle renvoie ce dernier alinéa doit également s'appliquer à une condamnation à n'exécuter qu'après réception de la contre-prestation.

Dans l'un et l'autre cas, il est possible que le défendeur condamné à exécuter son obligation sous l'une ou l'autre des deux conditions refuse malgré tout de le faire. Etant en

(1) Planck, *op. cit.*, sous l'art. 322-2, p. 96; Kipp, *op. et loc. cit.*, 5, al. 2, p. 325; Saleilles, *op. et loc. cit.*, § III, p. 455.

demeure d'accepter par le fait que le demandeur a accompli de son côté tout ce qui lui incombait pour parvenir à l'exécution du contrat, il persiste à refuser de coopérer à l'exécution de ce contrat dans la mesure où sa participation était requise. Cette résistance injustifiée ne pouvant indéfiniment durer, le demandeur peut procéder à l'exécution forcée pour obtenir ce qui lui revient sans exécuter lui-même, comme si le défendeur était condamné à exécuter purement et simplement ⁽¹⁾. Il y aura lieu alors à la mise en œuvre des articles 726, 756 et 765 du Code de procédure ⁽²⁾.

193. Le code allemand, on le voit, s'est très explicitement exprimé sur le principe de l'*Exceptio non adimpleti contractus* et ses conséquences d'application. Il a voulu laisser le moins de prise possible à l'appréciation du magistrat. Mais il est loin d'avoir réussi à y échapper complètement (cf. not. art. 320, al. 2).

194. Quand une des parties avait, pour refuser l'exécution de l'obligation qui lui incombait, l'*Exceptio non adimpleti contractus*, et qu'elle a omis de l'invoquer, pourra-t-elle, sous l'empire du code de 1896, ressaisir cette garantie d'exécution par la répétition de sa prestation ?

Le législateur se trouvait en présence de deux théories principales qui concluaient de façon absolument opposée. Le premier projet a évité de se prononcer clairement sur la question. Aucune disposition expresse ne nous renseignant sur l'opinion admise par ses rédacteurs, c'est aux Motifs qu'il faut encore nous reporter. Or, les Motifs déclarent que « si l'une des parties à un contrat synallagmatique a exécuté, elle ne peut, en général et en principe, répéter sa prestation

⁽¹⁾ Planck, *op. cit.*, sous l'art. 322-3, p. 96; Kipp, *op. cit.*, § 321-I, B. G. B., 3, p. 324; Saleilles, *C. civ. all. ann.*, sous l'art. 322, § IV, I, p. 455 et 456.

⁽²⁾ Pour ces articles v. not. Planck, *op. cit.*, sous l'art. 274-3, II, p. 46.

quand l'autre partie n'a pas exécuté. Cependant la *condictio ob rem* n'est pas complètement exclue en ce qui concerne une prestation effectuée en vertu d'un contrat synallagmatique. Elle paraît recevable, par exemple, quand l'une des parties a presté la première comptant sur la contre-prestation et que dans la suite cette contre-prestation devient impossible par cas fortuit. D'une manière générale, la *condictio* doit être admise (si au reste ses conditions sont vérifiées) pour une prestation faite en vertu d'un contrat synallagmatique, sauf quand le principe de l'article 360 P¹ s'oppose à l'existence de cette *condictio* ». Et les rédacteurs renvoient en note à Windscheid, § 321 (note 10 a) ⁽¹⁾. De tout cela il résulte que, pour eux, la *condictio* doit être admise, en principe, dans les contrats synallagmatiques, avec toute l'étendue que Windscheid donne à cette admission.

Cependant cette opinion ne pourrait plus être actuellement acceptée. « D'après le code civil, écrit M. Kipp, celui qui a effectué sa prestation ne peut la répéter sous prétexte que la contre-prestation tarde à lui être faite, ou même qu'il avait cru que la contre-prestation était déjà effectuée. Car d'après l'article 813 al. 1 une telle répétition n'est fondée que quand une exception perpétuelle s'opposait à la demande à la satisfaction de laquelle la prestation avait été fournie, et l'*Exceptio non adimpleti contractus* n'est pas une exception de ce genre » ⁽²⁾.

Ainsi se trouve consacrée, par le continuateur de Windscheid lui-même, la théorie de Dernburg que nous avons admise comme la plus logique et la plus équitable.

⁽¹⁾ Motive..., § 742 et note 3, II, p. 842.

⁽²⁾ Kipp, § 321-2^o, B. G. B., II, p. 328.

CHAPITRE III

L'EXCEPTIO NON RITE ADIMPLETI CONTRACTUS

195. Lors de la réunion de la commission chargée d'élaborer le premier projet de code civil, l'opinion dominante en Allemagne, représentée par Windscheid, membre de la commission, n'admettait qu'une seule exception de refus de paiement mise sans distinction à la disposition du débiteur poursuivi sans avoir reçu intégralement ce qui lui était dû, soumise toujours aux mêmes règles, même en ce qui concerne la charge de la preuve invariablement imposée au demandeur, sauf à ce dernier à être déchargé de la preuve directe de l'exécution intégrale s'il établissait que la réception de la livraison par le défendeur impliquait de la part de celui-ci reconnaissance du paiement comme valablement effectué.

D'un autre côté, une théorie, présentée d'ailleurs sous des formes assez diverses et plus ou moins atténuées, aboutissait à ce résultat que, une fois la livraison matérielle procurée et établie, le défendeur ne pouvait plus invoquer un vice survenu après l'exécution pour refuser le paiement qui lui incombait et obliger ainsi son adversaire à faire disparaître le vice toutes les fois que ce résultat serait possible, mais ce défendeur n'avait d'autre ressource que les moyens dérivant de la garantie, avec leurs particularités de preuve et de délai.

196. L'article 367, élaboré par la première commission pour trancher la difficulté, était non seulement incomplet

mais obscur. On discutait beaucoup sur cette disposition, les uns disant qu'elle se rattachait à la « théorie de la prohibition » ⁽¹⁾, les autres prétendant qu'elle émanait directement de Windscheid ⁽²⁾.

Ce n'était pas simple querelle de mots : nous savons combien différent pratiquement les deux théories.

197. La deuxième commission, s'inspirant des nombreuses critiques adressées à la première disposition, a adopté une autre rédaction dont les termes ont à peine varié dans les troisième et quatrième projets. L'article 363 actuel, qui est le résultat de ses travaux, est ainsi conçu : « Lorsque le créancier a accepté à titre d'exécution, une prestation à lui offerte à ce titre, c'est à lui qu'incombe la charge de la preuve s'il se refuse à ce que la prestation puisse valoir comme exécution, sous prétexte qu'il y aurait eu prestation autre que celle qui était due ou parce qu'elle aurait été incomplète ».

Ainsi, même après la livraison effectuée, le créancier a encore à sa disposition l'*Exceptio non adimpleti contractus* telle qu'elle est définie par les art. 320 à 322. Seulement la réception a pour conséquence de produire une interversion dans la charge de la preuve. Au contraire de ce que disposait l'article 367 P¹, en vertu duquel la réception à titre de paiement vaut présomption absolue d'exécution, pour l'article 363 elle ne vaut que présomption relative de régularité du paiement admettant la preuve contraire.

La deuxième commission a également repoussé la solution par trop restrictive du premier projet et elle a accordé au défendeur l'*Exceptio non adimpleti contractus*, non seulement quand il se plaint d'un vice apparu après la livraison, mais encore quand il y aura eu substitution d'un objet à un

(1) André, *op. cit.*, p. 179 et suiv.

(2) Saleilles, *Du refus de paiement, etc.*, n. 53.

autre en matière de corps certain, ou livraison d'une chose n'ayant pas les qualités normales du genre convenu, en matière de dette de genre. Et même dans ces deux dernières hypothèses, le créancier, ayant reçu la prestation, se verra imposer la charge de la preuve, bien qu'il y ait là, à la vérité, inexécution au sens précis du mot : c'est la conséquence de ce fait qu'il y a eu réception à titre de paiement, réception qui entraîne présomption de régularité du paiement et, par suite, interversion de la preuve.

198. Tout cela serait parfait s'il ne s'agissait pas de s'entendre sur la notion de réception à titre de paiement et de rechercher ce que le législateur de 1896 a entendu par là. Nous avons déjà vu combien cette notion d'acceptation est délicate, puisqu'elle est basée sur l'interprétation de la volonté probable de l'acceptant, et subtile, puisque la théorie dominante, très simple en apparence, se complique extrêmement dès qu'elle admet ce critérium pour répartir la charge de la preuve. En lisant Planck, on s'aperçoit de suite de la difficulté qu'éprouvent les commentateurs à donner une définition à peu près invariable de la réception à titre de paiement au sens de l'article 363.

199. Sans doute, il faudra distinguer celle-ci d'une part, de la livraison, pur fait auquel celui à qui il s'adresse n'a pris aucune participation et, d'autre part, d'une réception impliquant reconnaissance absolue de la régularité du paiement, qui ferait que celui qui a consenti cette reconnaissance a renoncé, par l'effet d'une véritable convention, à contester la régularité du paiement, et d'où il résulterait qu'il n'a plus d'action de ce chef, et qu'il est privé, entr'autres, de l'*Exceptio non adimpleti contractus*. Si la réception de l'article 363 ne comporte aucune de ces deux significations opposées, elle doit donc constituer une sorte de moyen terme et

signifier simplement que le créancier entend recevoir la prestation comme paiement régulier, mais seulement à titre provisoire, parce que son examen sommaire de la chose livrée n'a pu lui révéler l'existence de vices cachés pour lesquels il fait implicitement ses réserves.

En tous cas l'article 363 exige, suivant l'expression de M. Saleilles ⁽¹⁾, une participation consciente du créancier au paiement : elle seule peut justifier la présomption qui sert de base au renversement de la preuve. Mais pour reconnaître exactement quand cette participation consciente aura lieu, le législateur ne donne aucun criterium à la pratique et n'établit aucune présomption. Aussi faudra-t-il s'en remettre à l'entière appréciation du magistrat, sans aucun contrôle.

200. D'après Planck, l'acceptation comme paiement n'aura pas besoin d'être faite au moyen d'une déclaration formelle. Des marchandises sont-elles envoyées au créancier en exécution d'une obligation de livrer, on ne pourra pas, au premier abord, considérer qu'il y a acceptation à titre de paiement par le fait que le créancier a reçu les marchandises dans sa maison. Mais s'il annonce à l'expéditeur la réception des marchandises, ou s'il dispose des marchandises, ou s'il les conserve sans faire de communication à l'expéditeur pendant un espace de temps qui suffirait, suivant les circonstances, pour examiner si les marchandises sont conformes au contrat, on devra voir dans ces faits une acceptation à titre de paiement ⁽¹⁾.

201. Le législateur ne se prononce pas non plus sur la valeur des réserves faites par le créancier au moment de la réception. Elles ne sont pas nécessaires, cela est certain, pour maintenir au profit du créancier le bénéfice de l'except-

⁽¹⁾ Planck, sous l'art. 363-1, II, p. 143. — Cf. André, *op. cit.*, p. 175.

tion. Mais c'est une question de fait que de savoir si elles n'auront pas la vertu de renverser la charge de la preuve pour l'imposer au débiteur de la prestation défectueuse, demandeur par hypothèse. Planck semble bien admettre que, de toute façon, après la réception, et malgré les réserves, la preuve restera toujours imposée au créancier de la prestation défectueuse ⁽¹⁾.

202. On peut dire, *a contrario* de la disposition de l'article 363, que s'il n'y a que livraison formelle et unilatérale (et ceci ne vaut que pour ceux qui admettent le paiement comme effectué malgré la non participation du créancier, puisque pour les autres il n'y a pas du tout paiement) ⁽²⁾, le créancier pourra naturellement en dénier l'existence et agir contre le débiteur de ce paiement par l'action du contrat ou l'exception qui en est la forme négative, et dans tous les cas la preuve sera mise à la charge du débiteur. Sans doute en certaines circonstances il pourra être difficile à ce dernier de fournir la preuve qu'on lui impose.

Aussi M. Saleilles propose, pour l'en décharger, un expédient tiré de l'article 293, en vertu duquel « le créancier est constitué en demeure dès qu'il n'accepte pas la prestation qui lui est offerte, indépendamment de toute faute de sa part, et sans que le débiteur ait à prouver si le refus de prendre livraison est ou non fondé ». « Il en sera ainsi surtout, dit l'auteur, lorsque ce sera au créancier à venir prendre livraison... S'il s'y refuse, il se trouve constitué en demeure et si le débiteur procède à la livraison, il n'est pas douteux que la preuve de l'irrégularité d'exécution incombe au créancier » ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Planck, *loc. cit.*, *supra*. — Cf. Saleilles, *C. civ. all. ann.*, sous l'art. 363, § III, p. 516.

⁽²⁾ Saleilles, *C. civ. all.*, sous l'art. 363, § III, p. 515.

⁽³⁾ Saleilles, *C. civ. ann.*, sous l'art. 363-§ 4, I, p. 516.

203. On cède trop facilement peut-être à une tendance assez répandue qui consiste à critiquer le législateur et à lui reprocher le peu de logique qui préside parfois aux dispositions qu'il édicte. Cependant, en nous inspirant de l'idée de but pratique à atteindre, nous nous croyons permis de juger la solution de l'article 363 avec assez de sévérité. Sans doute, en cette hypothèse comme en beaucoup d'autres, le législateur allemand s'est gardé de prendre parti dans les controverses doctrinales; il n'a voulu poser aucune présomption ni en faveur d'une réception sans acceptation d'aucune sorte, qui laisserait la preuve au demandeur, ni en faveur d'une réception avec acceptation provisoire qui mettrait de plein droit la preuve à la charge du défendeur. Il laisse donc place à la plus large interprétation, et c'est en définitive la théorie de Windscheid, celle que nous avons exposée plus haut sous le nom de « théorie dominante », qui profitera du peu de certitude du texte pour s'affirmer de plus en plus.

D'ailleurs, nous ne nous croyons pas trop osé en disant que c'est à la théorie dominante que se rallie en définitive la prescription de l'article 363 : comme Windscheid, en effet, le législateur attache l'interversion de preuve au fait de la réception à titre de paiement. On s'est contenté, dans la deuxième rédaction, d'atténuer l'idée trop rigoureuse que le premier projet se faisait de l'acceptation.

S'il en est ainsi, on devra interpréter l'article 363 comme imposant, avec la théorie dominante, et en toute hypothèse, la preuve au demandeur ⁽¹⁾.

A ce premier reproche, on peut en ajouter un autre : c'est que, fréquemment, le criterium donné par l'article dont s'agit pour reconnaître quand aura lieu l'interversion de preuve se

(1) V. *supra*, n. 105 et suiv.

trouvera en défaut. Les juges, en effet, se montreront souvent très difficiles pour reconnaître une présomption d'acceptation quelconque, de peur « d'être obligés d'admettre sans preuve suffisante la présomption d'acceptation absolue, qui aboutirait à libérer le débiteur de toute responsabilité par le fait seul d'une livraison non suivie de réclamation immédiate » (1).

En définitive, la rédaction de l'article 363 est trop formelle pour que la pratique allemande puisse échapper à l'influence de la théorie dominante et adopter la théorie du paiement apparent. Notre législateur, au contraire, n'a pas posé, à propos de l'*Exceptio non rite adimpleti contractus*, de principe abstrait et général; il n'y aurait donc aucun empêchement à ce que nos tribunaux appliquassent la théorie du paiement apparent, d'autant plus que cette théorie peut obtenir facilement droit de cité dans la pratique française, grâce à l'appui de l'article 1653.

(1) Saleilles, *Du refus de paiement, etc.*, n. 96.

TITRE III

L'EXCEPTION DE REFUS DE PAIEMENT EN DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS SUR L'EXCEPTION DE REFUS DE PAIEMENT ET SUR *L'EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS* EN PARTICULIER

204. Lors de la rédaction du code, le tribunal d'appel de Grenoble avait proposé qu'on ajoutât à l'art. 1135 la maxime suivante : « Dans tous les contrats synallagmatiques aucune des parties ne peut demander contre l'autre l'exécution de leur convention, si elle ne l'a exécutée, ou si elle n'est prête à l'exécuter elle-même pour ce qui la concerne » (1).

205. Bien qu'on ait eu le tort de ne pas insérer une disposition analogue dans notre code, il n'est pas douteux que l'*Exceptio non adimpleti contractus* existe en droit français.

En effet, il ressort évidemment de l'intention présumée des parties entre lesquelles est intervenu un contrat synallagmatique (quand du moins les clauses de ce contrat sont muettes à propos de l'exécution) qu'elles ont voulu que les deux prestations réciproques fussent simultanément effectuées.

D'autre part, l'*Exceptio non adimpleti contractus* étant une variante de l'exception de dol, était, en droit romain, sous-

(1) Fenet, *Rec. des trav. prép. du C. civ.*, III, p. 558.

entendue dans les contrats de bonne foi ; or, en droit français, aux termes mêmes de l'article 1134, les conventions doivent être exécutées de bonne foi : d'où il suit que l'*Exceptio non adimpleti contractus* a bien survécu dans notre droit. Car il y aurait mauvaise foi de la part de celui qui réclame l'exécution de l'obligation corrélatrice à la sienne, quand lui-même n'a pas exécuté son obligation ou n'est pas prêt à le faire, et le défendeur peut bien se prévaloir de cette mauvaise foi pour refuser de son côté la prestation qui lui incombe.

Enfin, aux termes de l'article 1184, la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des deux parties ne satisferait pas à son engagement. Or si l'un des contractants a le droit de faire résoudre le contrat pour réclamer sa prestation quand l'autre ne veut pas livrer la sienne, à plus forte raison peut-il, quand il n'a pas exécuté, refuser provisoirement de le faire : qui peut le plus peut le moins. Comme le dit M. Charmont, « l'article 1184 autorise implicitement chaque contractant à considérer ce qu'il doit comme une garantie de ce qui lui est dû » ⁽¹⁾.

D'ailleurs Pothier avait déjà très bien compris le fonctionnement de ce que nous avons appelé l'exception de refus de paiement pour inexécution simultanée, bien plus compréhensive que l'*Exceptio non adimpleti contractus* elle-même, quand il écrit cette formule aussi générale que possible : « Dans tous les contrats et quasi-contrats qui sont synallagmatiques, l'une des parties n'a pas le droit de demander à l'autre qu'elle remplisse son obligation si elle n'est prête elle-même de remplir la sienne » ⁽²⁾.

Et Larombière après lui a aperçu nettement l'essence et le

⁽¹⁾ Charmont, *loc. cit.*, p. 68.

⁽²⁾ Pothier, *Traité du quasi-contrat negotiorum gestorum*, IX, n. 226, p. 202.

mécanisme de notre exception. Il dit notamment : « Lorsque des engagements corrélatifs existent réciproquement sans fixation d'exigibilité, l'exécution doit, de part et d'autre, s'en faire simultanément. Car aucune des parties ne peut être contrainte à exécuter son engagement avant que l'autre n'exécute le sien. Aucune d'elles n'ayant suivi la foi de l'autre, elles sont également en droit de s'en tenir rigoureusement à une exécution simultanée. Il n'y a ainsi que l'exécution d'un côté qui crée l'exigibilité de l'autre ; et de là il suit que le retard de l'une des parties produit le bénéfice d'un terme en faveur de l'autre » ⁽¹⁾. Demolombe enfin écrit : Et voilà ce qui fait la légitimité du droit de rétention, qui dérive de l'égalité de position dans laquelle se trouvent deux parties réciproquement obligées à raison d'une chose ; de sorte que l'une des parties ne peut réclamer l'exécution de l'obligation que l'autre a contractée envers elle qu'autant qu'elle offre de remplir l'obligation corrélatrice qu'elle a contractée » ⁽²⁾.

206. Mais si personne, dans la doctrine actuelle, ne conteste plus l'existence dans notre droit de l'*Exceptio non adimpleti contractus*, il semble cependant que la jurisprudence ne soit pas de cet avis, si l'on en croit du moins un arrêt caractéristique rendu par la chambre des requêtes le 1^{er} décembre 1897 ⁽³⁾. A vrai dire, cette hypothèse constituerait plutôt, par certains côtés, un cas d'*Exceptio non rite adimpleti contractus*, mais nous savons que celle-ci ne diffère pas, de nature, de la pure *Exceptio non adimpleti contractus*, et s'en sépare seulement en ce qui concerne la charge de la preuve. Sous le

⁽¹⁾ Larombière, *Oblig.*, III (art. 1186, n. 37), p. 266. — Conf. (art. 1184, n. 12), p. 99.

⁽²⁾ Demolombe, XXV (t. II, *Des oblig.*), n. 496.

⁽³⁾ D., 98. 1. 289 et note Planjol.

bénéfice de cette remarque préliminaire, nous exposons ici les faits qui ont amené la jurisprudence à se prononcer de façon expresse sur notre exception.

Une compagnie d'électricité avait entrepris de fournir l'éclairage électrique à un hôtel de Paris. Les factures devaient être présentées au propriétaire de l'hôtel, et acquittées par lui, le 2 de chaque mois. Mais la compagnie se plaignait que le propriétaire soulevât chaque fois des difficultés, émettant notamment la prétention d'obtenir un rabais sur les factures présentées. Elle lui reprochait, en outre, d'empêcher le bon fonctionnement de l'éclairage, d'établir sans autorisation et sans contrôle des circuits nouveaux à l'origine desquels il refusait de placer des compteurs, de détruire ou de déranger les appareils et les lignes, etc...

Une des factures présentées à l'hôtel s'élevait à 3.356 fr. 40: le propriétaire refuse de la payer intégralement sous prétexte qu'il y a à déduire de la somme réclamée celle de 20 fr. 40, représentant la consommation du gaz employé pendant une journée, quoiqu'il eût été convenu que ses demandes de rabais seraient examinées par un arbitre choisi par les parties.

A la suite de ce refus de paiement, la Compagnie arrêta l'éclairage. Le propriétaire l'assigna alors pour la faire condamner à lui fournir régulièrement le courant électrique conformément à leurs conventions. Il obtint, en ce sens, un jugement du Tribunal de commerce de la Seine qui prononça en même temps contre la Compagnie une astreinte de 100 francs par jour de retard. La Compagnie s'étant refusée à obtempérer à la condamnation prononcée contre elle, le propriétaire de l'hôtel demanda alors que l'astreinte fût fixée à une somme assez forte pour contraindre la Compagnie à exécuter le jugement. Un nouveau jugement lui donna satis-

faction en prononçant contre la Compagnie une astreinte de 10.000 francs par jour de retard. Sur appel, la cour de Paris confirma, et la Chambre des Requêtes écarta le pourvoi formé par la Compagnie.

Toutes ces décisions sont basées sur le même motif, à savoir que quand deux personnes sont liées par un contrat synallagmatique et que l'une d'elles n'exécute pas son engagement, l'autre partie « ne peut pas rompre de sa propre autorité un contrat qui n'a point cessé d'exister ». La Compagnie ne pouvait donc refuser d'exécuter ses obligations : elle devait d'abord adresser une mise en demeure au propriétaire de l'hôtel, et faute par ce dernier d'y obtempérer, agir contre lui judiciairement, en paiement ou en résolution.

MM. Planiol et Charmont, qui, tous deux, ont consacré une note à l'arrêt de la Chambre des Requêtes, déplorent les termes dans lesquels il est rendu, parce qu'ils paraissent contraires à l'un des principes fondamentaux des contrats synallagmatiques. « Ce qui est grave, dit M. Charmont ⁽¹⁾, c'est que l'arrêt paraît bien considérer que, pour une partie engagée dans un contrat synallagmatique, aucun refus d'exécution n'est légitime tant que la résolution du contrat n'a pas été légalement prononcée. Il n'y a cependant aucune corrélation forcée entre les deux faits. Loin de supposer nécessairement la résolution du contrat, le refus d'exécution sera, le plus souvent, destiné à le prévenir ». La Compagnie ne voulait pas rompre le contrat, mais elle opposait simplement un refus provisoire d'en continuer l'exécution. La Chambre des Requêtes avait là une bonne occasion de proclamer l'existence de l'*Exceptio non adimpleti contractus*, qui n'est que l'exercice, sous forme d'exception, de l'action du contrat, et qui

(1) Charmont, *loc. cit.*, p. 67.

devrait être employée de préférence à l'action en résolution dans beaucoup d'hypothèses pratiques. Dire que l'une des parties doit forcément exécuter le contrat, tant que celui-ci n'est pas résolu, même si l'autre ne remplit pas ses engagements, est une proposition excessive et malheureuse, qui ne laisse aux contractants qu'une ressource trop énergique pour faire respecter leurs droits.

M. Planiol remarque qu'il serait d'autant plus regrettable que les considérants de l'arrêt pussent être interprétés comme niant l'existence dans notre droit de l'*Exceptio non adimpleti contractus* que la cour pouvait autrement justifier sa solution. Le refus de la Compagnie n'aurait pu être légitime que s'il y avait eu inexécution injustifiée par l'autre partie : celle-ci alléguait que les factures qu'on lui présentait étaient exagérées : « C'était un premier point à examiner, car il est bien évident que l'abonné d'une compagnie d'éclairage ne peut être obligé de payer des sommes qu'il ne doit pas pour obtenir la continuation des fournitures. Le montant de sa dette n'est pas déterminé d'avance et il est possible que la facture soit exagérée ou sciemment ou par erreur. En opposant une exception à cette demande de paiement, l'abonné ne se met donc pas dans son tort ; il use de son droit, et comme il ne se refuse pas de payer après vérification ou arbitrage, il doit pouvoir user de son exception sans s'exposer à l'interruption de l'éclairage » (1).

Mais justement il semble bien ressortir des faits de la cause, tels du moins qu'ils sont rapportés dans le Dalloz, avant les motifs du premier jugement (2), que le client de la Compagnie se refusait de payer « quoiqu'il eût été convenu avec la Compagnie que ses demandes de rabais seraient examinées par

(1) Planiol, D., 98. 1. 289; Cf. Charmont, *loc. cit.*, p. 69.

(2) Dalloz, 98. 1. p. 290, col. 1 du texte.

un arbitre choisi par les parties ». Ce qui semble bien indiquer que le refus de paiement opposé à la demande de la Compagnie ne se ramenait pas à une demande en vérification, comme le suppose M. Planiol, mais constituait un refus formel. Rappelons également que le propriétaire de l'hôtel troublait le bon fonctionnement de l'éclairage au détriment de la Compagnie. Sans doute ces derniers faits ne paraissent pas avoir été invoqués directement par celle-ci pour justifier son refus d'exécution (dans ce cas son refus eût été légitime, à notre avis, sauf preuve des faits invoqués à la charge de la Compagnie); mais ils tendent bien à démontrer que l'autre partie mettait beaucoup de mauvais vouloir dans l'accomplissement de ses obligations. Si l'on doit protéger le client contre les demandes arbitraires de la Compagnie, il fallait tout au moins qu'en l'espèce le client exécutât les prescriptions du contrat. Or, s'il est vrai qu'il se refusait de payer sans s'en référer à l'arbitre comme il était convenu, s'il soulevait, cette fois encore, des difficultés pour ne pas payer ou amener la Compagnie à des concessions, alors que celle-ci exécutait régulièrement ses obligations, il suffisait à la défenderesse d'établir l'existence de ces faits pour que le client fût condamné à exécuter trait pour trait ses engagements, c'est-à-dire à payer intégralement la facture présentée ou à justifier auprès de l'arbitre sa prétention à une diminution de la prestation qui lui incombait.

Quoi qu'il en soit de l'espèce examinée, il semble bien en résulter, ainsi que le pensent MM. Planiol et Charmont, que la Chambre des Requêtes a méconnu un principe juridique des plus certains et qui domine toutes les législations imbuës des traditions romaines.

207. Si l'existence de l'*Exceptio non adimpleti contractus* dans notre droit est affirmée expressément ou indirectement

par la doctrine, on appelait jusqu'ici cette exception du nom de droit de rétention, et on en étudiait les effets à propos du droit de rétention, la plupart du temps dans la partie des traités consacrée au nantissement, aux privilèges et aux hypothèques ⁽¹⁾. Nous avons montré dans notre introduction que le droit de rétention est double, et que toutes les controverses sur les conditions d'application de ce droit en dehors des hypothèses spécialement prévues par la loi pourraient en grande partie être supprimées par cette remarque. En effet, il suffira, pour savoir si le droit de rétention peut être exercé, de rechercher si les deux obligations qui se font face sont connexes entre elles, soit qu'elles dérivent d'un même rapport contractuel soit que la chose sur laquelle porte l'obligation de livrer ait été l'objet d'impenses ou l'occasion de dommages pour le débiteur.

Il s'attache également à cette distinction un avantage de méthode qui n'est jamais à dédaigner : on pourrait s'occuper du droit de rétention proprement dit dans la matière des privilèges et hypothèques et étudier ce que nous avons appelé « l'exception de refus de paiement pour défaut d'exécution simultanée », comprenant l'*Exceptio non adimpleti contractus* en tant qu'espèce, à propos de la théorie générale des obligations ⁽²⁾.

Quant à la question de terminologie, elle n'est pas égale-

⁽¹⁾ Voir notamment la collection publiée sous la direction de M. Baudry-Lacantinerie. M. Barde consacre bien quelques pages à l'*Exceptio non adimpleti contractus* à la suite de la section de son ouvrage relative aux obligations conditionnelles (*Obl.*, II, 3^e édit., p. 141 et suiv.), mais la controverse, sur le droit de rétention en général et ses effets en particulier est exposée en détail par M. de Loynes (*op. cit.*, I, 3^e édit., p. 205 et suiv.).

⁽²⁾ MM. Larombière et Huc s'occupent du droit de rétention dans la matière des obligations (V. Larombière, *Obl.*, III, n. 37 à 47, p. 266 et suiv.; Huc, *Comment. du Code civil*, VII, n. 167 et suiv.). C'est cette méthode qu'a suivie également le code civil allemand.

ment sans importance. Le mot rétention, surtout quand il est appliqué à l'*Exceptio non adimpleti contractus*, peut faire naître une confusion fâcheuse dans les esprits. Comme le dit M. Saleilles, « au cas d'exception de refus de paiement il ne s'agit pas seulement d'une faveur accordée par mesure d'équité à raison de la relation existant entre les dettes alléguées; il s'agit de l'exercice, sous forme d'exception, de l'action même du contrat, donc d'un droit dérivant du contrat lui-même que la loi n'avait à accorder ni expressément ni tacitement, puisqu'il vient du contrat lui-même; c'est le droit à exécution simultanée » (1).

Cependant il ne faudrait pas oublier que l'*Exceptio non adimpleti contractus* est de même nature que le droit de rétention; seule, à notre sens une différence de degré dans la connexité peut les distinguer. Aussi le code allemand appelle-t-il de façon générale droit de rétention les hypothèses contractuelles où le défendeur peut refuser son paiement pour obtenir l'exécution du contrat. Si nous avons proposé d'adopter le mot « exception de refus de paiement », c'est simplement pour plus de commodité, et pour marquer davantage la distinction que nous avons admise entre les deux hypothèses fondamentales du droit de rétention.

208. Les auteurs qui proclament le plus explicitement l'existence dans notre droit de l'*Exceptio non adimpleti contractus*, comme par exemple M. Planiol, disent en même temps « qu'elle n'a lieu que dans les contrats synallagmatiques » (2). On comprend, en effet, que les deux obligations issues d'un contrat synallagmatique, étant nées en même temps, soient intimement liées de par la volonté même des parties, que font présumer les usages de la vie courante, et

(1) Saleilles, *Du refus de paiement, etc.*, n. 92; Charmont, *loc. cit.*, p. 68.

(2) Planiol, II, n. 949-2°.

que leur exécution doive être, par conséquent, sous réserve d'une clause contraire, simultanément effectuée. Dès lors, il est tout naturel que le droit qu'a l'une des parties d'exiger, sous forme d'action, cette exécution trait pour trait, elle puisse à plus forte raison, quand elle est attaquée, l'opposer à l'autre partie sous forme d'exception. Et certes nous sommes loin de blâmer M. Planiol de garder au mot *Exceptio non adimpleti contractus* son sens traditionnel déterminé ⁽¹⁾.

Mais nous croyons, avec les auteurs modernes, et M. Planiol lui-même, que le principe dont elle est une résultante a une portée beaucoup plus large et qu'il domine toute la matière des contrats. C'est, nous le reconnaissons, le point délicat de la distinction que nous avons faite entre les différentes hypothèses du droit de rétention. Et voici venu le moment de le justifier.

209. En effet, nous objecte-t-on, si l'on peut admettre sans difficulté le criterium indiqué quand il s'agit des contrats parfaitement synallagmatiques, que direz-vous des contrats imparfaitement synallagmatiques qui, au moment de leur formation, ne créent d'obligations qu'à la charge d'une partie, et dans lesquels la naissance d'obligations à la charge de l'autre est toujours accidentelle et jamais nécessaire? En cette matière peut-on présumer, comme en matière de contrats synallagmatiques, que la connexité entre les deux créances est entrée dans les prévisions des parties et que celles-ci n'ont entendu exécuter leurs obligations que trait pour trait?

Il ne nous paraît pas trop osé de répondre affirmativement tout en reconnaissant, comme nous l'avons déjà dit, que le lien qui unit les deux créances doit être, par la force même

(1) Cependant v. Planiol, II, n. 2520 et 2521-1^o b.

des choses, considéré comme plus lâche pour ces contrats que pour les contrats parfaitement synallagmatiques.

Si nous prenons comme exemple le dépôt, nous croyons pouvoir dire que le dépositaire a bien pensé devoir être payé, au moment où il la restituerait au déposant, des dépenses qu'il aurait faites pour la conservation et l'entretien de la chose déposée. Il a dû considérer son obligation de rendre la chose et l'obligation éventuelle mise à la charge de l'autre partie comme devant s'exécuter simultanément, et se réserver par conséquent le droit de retenir provisoirement la chose tant que le déposant ne lui offrirait pas le remboursement des impenses faites. Sans doute, en cette hypothèse, les deux obligations réciproques ne sont pas nées au même moment et le contrat de dépôt ne répond pas à la définition que M. Planiol donne du vrai contrat synallagmatique, « celui qui crée par lui-même, et en vertu du consentement actuel des parties, des obligations réciproques ». Dans les contrats dits synallagmatiques imparfaits, ajoute cet auteur, la seconde obligation, celle qui engendre un rapport double entre les parties, ne naît pas du contrat, mais dérive d'un fait accidentel et ce fait aurait créé une action en remboursement ou en indemnité même s'il s'était produit entre personnes non liées par un contrat ⁽¹⁾. Et cependant, puisque M. Planiol lui-même fait dépendre du principe d'où dérive l'*Exceptio non adimpleti contractus*, le droit du dépositaire de refuser de restituer la chose sans être payé en même temps des dépenses qu'il a faites à son occasion ⁽²⁾, il faut bien croire qu'il admet avec nous que le droit à l'exécution simultanée, s'il n'est pas, en l'espèce, de l'essence même du

⁽¹⁾ Planiol, II, n. 950.

⁽²⁾ Planiol, II, n. 2521-80, p. 798.

contrat, se justifie par une interprétation rationnelle de la volonté des parties, et, grâce au principe qui domine toutes les législations modernes, que les conventions doivent être exécutées de bonne foi.

210. L'argument invoqué de préférence pour justifier, en droit français, l'existence de l'*Exceptio non adimpleti contractus* est tiré, par un *a fortiori*, de l'article 1184. Il est probant en ce qui concerne les contrats synallagmatiques. Peut-on l'invoquer également en faveur de la thèse que nous soutenons ?

Le doute vient de ce qu'il y a difficulté dans la question de savoir si le pacte commissoire doit être sous-entendu dans les contrats synallagmatiques imparfaits et dans les contrats unilatéraux ⁽¹⁾.

La doctrine extensive a pour défenseurs Valette, Larombière ⁽²⁾, d'après lequel la disposition discutée s'appliquerait également « à tous les actes, contrats ou autres qui imposent des obligations corrélatives ou réciproques aux parties », et Demolombe, qui trouve la formule de Larombière trop étroite, et ajoute : « Ce n'est pas seulement dans les contrats synallagmatiques que cette condition doit être considérée comme sous-entendue. C'est plus généralement dans les contrats à titre onéreux, et qui sont intéressés de part et d'autre... Si l'article 1184 n'a mentionné que les contrats synallagmatiques, c'est vraisemblablement parce que les rédacteurs du

(1) A cette difficulté s'ajoute celle d'une classification rationnelle et juridique des contrats, bien qu'on s'accorde en général pour ranger les contrats synallagmatiques imparfaits dans la catégorie des contrats unilatéraux, et que, d'après M. Barde, « soit en rejetant l'application de l'article 1184, et pour les contrats imparfaitement synallagmatiques et pour les contrats unilatéraux, soit, au contraire, en admettant cette application à la fois pour les uns et pour les autres, les partisans de la distinction lui enlèvent son utilité » (Barde, *Obl.*, I, n. 11).

(2) Larombière, *Obl.*, III (art. 1184, n. 4), p. 88 et 89.

code l'ont emprunté à Pothier qui n'appliquait en effet cette condition qu'aux contrats synallagmatiques » (1).

Les partisans de la doctrine extensive ajoutent à leurs arguments fondés sur l'équité des arguments de texte (art. 1912, art. 2082, al. 1) desquels il résulterait que le législateur a étendu à tous les contrats le principe de l'article 1184.

Les partisans de la théorie restrictive (2) prétendent que l'article 1184 contient une interprétation législative de la volonté des parties contractantes ; en l'absence de ce texte, le pacte comissoire n'aurait pas pu être considéré comme sous-entendu dans la convention. Par sa nature même, cette disposition comporte donc l'interprétation restrictive. Et ils répondent aux arguments de texte que ces derniers visent des cas de déchéance et non de résolution.

Nous n'avons pas à prendre directement parti dans cette controverse, mais en tous cas nous faisons remarquer que, même pour ceux qui adoptent la théorie restrictive, rien n'empêche de considérer que le principe d'où dérive l'*Exceptio non adimpleti contractus* doit être étendu aux contrats imparfaitement synallagmatiques ou unilatéraux, puisque l'exception de refus de paiement tend au maintien du contrat et qu'elle constitue, par conséquent, un moyen beaucoup moins énergique et radical que le droit de résolution, dont l'opinion restrictive veut écarter autant que possible les effets néfastes (3).

211. L'article 1184 représente à notre sens le point d'appui le plus solide qu'on puisse trouver dans les textes pour justifier l'application généralisée du principe de l'exécution

(1) Demolombe, XXV, n. 492.

(2) Laurent, XVII, n. 123 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, II, n. 902 et suiv.

(3) Cf. Crome, *loc. cit.*, p. 606 et suiv.

simultanée ⁽¹⁾. Ce serait le triomphe de la mauvaise foi si le mandant, par exemple, pouvait reprendre les objets que le mandataire détient, résultat du bon accomplissement de sa mission, alors qu'il n'y aurait pour le mandataire aucun moyen d'échapper à l'insolvabilité de son mandant lors de la réclamation du montant des dépenses faites. La bonne foi s'oppose à ce que l'un des contractants exige la prestation qui lui est due, sans offrir lui-même de satisfaire à ses obligations. Et il est à supposer (car la bonne foi doit toujours être présumée présider aux rapports juridiques des hommes) que les parties ont eu l'intention de considérer tous les liens obligatoires qui découleraient du fait initial du contrat comme devant former un bloc, un tout, dont la liquidation devrait s'opérer en une fois, car il n'y a pas de bonne raison pour croire que l'une d'elles ait entendu se sacrifier et suivre la foi de l'autre, sans réciprocité.

212. Nous adopterons la même solution pour les hypothèses dans lesquelles on ne peut même pas trouver ce fait initial du contrat. Nous songeons aux cas de gestion d'affaires, où l'on ne peut dire que le maître et le gérant se soient rencontrés et où le gérant agit à l'insu du maître. Pothier, l'inspirateur du code, nous abrite de son autorité, puisque c'est justement à propos de la gestion d'affaires qu'il a posé nettement le principe que nous avons déjà cité ⁽²⁾, que « dans tous les contrats et quasi-contrats qui sont synallagmatiques, l'une des parties n'a pas le droit de demander à l'autre qu'elle remplisse son obligation si elle n'est prête elle-même de remplir la sienne ».

Dans le langage habituel, on dit que la gestion d'affaires est un quasi-contrat. Ce n'est pas l'avis de M. Planiol, qui

⁽¹⁾ Aubry et Rau, § 256 *bis*, note 5, III (5^e édit.). p. 189.

⁽²⁾ V. *supra*, n. 205.

repousse la distinction courante entre les sources de l'obligation pour n'en admettre que deux, le contrat et la loi ⁽¹⁾. « Il se produit, dit-il, une rencontre de causes obligatoires qui explique l'effet synallagmatique de la gestion d'affaires, mais qui n'empêche pas chacune de ces deux causes d'engendrer une obligation unique ; c'est moins un quasi-contrat synallagmatique que la réunion de deux obligations dont chacune a sa source distincte » ⁽²⁾. Nous ne pensons pas qu'il faille nécessairement prendre parti dans cette controverse ⁽³⁾ pour trancher la question que nous nous sommes posée. Mais, à notre avis, elle peut être décidée dans le sens de l'admission de l'exception de refus de paiement par le simple rapprochement de la gestion d'affaires et du mandat, entre lesquels il y a de profondes ressemblances. Le législateur lui-même signale cette analogie qui existe entre les deux institutions en disant, dans l'article 1372, que le gérant se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire et en plaçant le maître dont l'affaire a été bien gérée, au point de vue des obligations qu'il contracte vis-à-vis le gérant, à peu près dans la situation d'un mandant (art. 1375).

Devrait-on même, comme le propose M. Planiol, dédoubler la gestion d'affaires pour la rapprocher tantôt du mandat et tantôt du louage de services ou de l'entreprise ⁽⁴⁾, qu'il nous

⁽¹⁾ Planiol, II, n. 807.

⁽²⁾ Planiol, II, n. 812 *bis*.

⁽³⁾ D'ailleurs il semble bien que la loi, en réglementant comme elle l'a fait la gestion d'affaires, a agi, moins par mesure d'autorité, dans le but de sauvegarder l'ordre public et d'encourager la solidarité sociale, que par interprétation de la volonté présumée du géré ; et en partant de cette remarque, on pourrait dire que les obligations nées du fait de la gestion se rapprochent bien plus des obligations conventionnelles que des obligations légales.

⁽⁴⁾ Planiol, *Rev. crit. de législ. et de jur.*, nouv. sér., XXXIII (1904), p. 490 *in fine*.

paraîtrait raisonnable d'admettre pour elle l'application de notre principe, puisqu'on l'admet pour les contrats auxquels on assimile presque la gestion d'affaires. Si les uns et les autres donnent naissance à des obligations très analogues, il semble tout naturel de les soumettre au même principe de l'exécution trait pour trait.

213. La théorie que nous proposons n'est pas tellement éloignée de celle de MM. Aubry et Rau. Nous avons déjà fait remarquer qu'ils avaient parfaitement posé le principe sur lequel repose le droit de rétention dans la matière des contrats. Leur tort, à nos yeux, est d'exiger ici une autre condition, celle d'un *debitum cum re junctum*, qui, si elle est nécessaire à notre sens en matière réelle, nous paraît complètement inutile dans les hypothèses qui nous occupent.

214. Si, comme nous l'avons admis, les obligations qui naissent à la charge de deux personnes à la suite d'un contrat intervenu entre elles ou du quasi-contrat de gestion d'affaires doivent être exécutées simultanément, si, par conséquent, en toute hypothèse, l'exception de refus de paiement est le moyen pour le défendeur de forcer le demandeur à respecter ce principe, ce rôle, notre exception le jouera également quand la convention intervenue entre deux personnes viendra à être annulée ou résolue. L'effet de l'annulation ou de la résolution est de remettre les choses dans le même état que si le contrat n'avait pas eu lieu. Or, supposons que les deux parties aient déjà exécuté le contrat annulé; elles sont tenues de se restituer l'une à l'autre ce qu'elles ont reçu. De nouvelles obligations sont nées à leur charge du fait de l'annulation du contrat primitif; ces obligations doivent s'exécuter trait pour trait. Le code civil allemand le dit expressément, pour le cas de résiliation conventionnelle, dans l'article 348. « Les obligations des parties telles qu'elles

résultent de la résiliation doivent s'exécuter trait pour trait. Les dispositions des articles 320, 322 reçoivent application correspondante ». Mais il n'y a aucune bonne raison qui empêche d'étendre ce principe à toute hypothèse d'annulation ou de résolution.

215. Nous permettons donc aussi largement que possible la mise en œuvre, sous forme d'exception, du principe que l'exécution des obligations dérivant d'un contrat ou de la gestion d'affaires doit être simultanée. Pour nous, cette exception de refus de paiement a lieu de fonctionner quand les obligations réciproques mises à la charge des parties découlent d'une même origine, peu importe qu'elles soient nées en même temps ou que l'une d'elles soit apparue bien postérieurement à l'autre et de façon accidentelle. C'est ainsi d'ailleurs que M. Planiol justifie le droit de rétention reconnu à l'hôtelier ⁽¹⁾. Dépôt de bagages fait par le voyageur à son entrée dans l'hôtel, fournitures de denrées et de services faites par l'hôtelier, « sont deux opérations indivisibles et résultant d'un fait unique : l'entrée du voyageur dans l'hôtel ». Il est certain cependant que les deux obligations ne sont pas nées en même temps, et que même la première aurait pu ne jamais exister, pour peu que le voyageur soit entré dans l'hôtel sans y apporter de bagages.

Nous reconnaissons que le criterium que nous proposons laisse place à l'appréciation des magistrats, mais nous nions qu'il donne libre jeu à leur arbitraire. Quand, au moment du règlement de compte entre deux individus entre lesquels est intervenu un contrat ou un quasi-contrat, il y a, à la charge de chacun d'eux, une dette vis-à-vis de l'autre, et que cette dette se rattache intimement au fait primitif du contrat ou

(1) Planiol, II, n. 2521-1^o. — V. ci-après, n. 241,

quasi-contrat, qu'elle soit née alors ou qu'elle ait, en ce moment, été simplement prévue ou même seulement considérée comme probable par les parties, les juges ne doivent pas empêcher le défendeur de retenir la prestation qui lui incombe, tant que le demandeur n'offre pas d'exécuter celle qui est née à sa charge.

216. Evidemment on ne saurait prétendre que, dans tous les cas, tout défendeur pourra paralyser la poursuite de son créancier à l'aide de l'exception de refus de paiement. Il faudra, bien entendu, qu'une créance existe à son profit contre le demandeur, qu'un terme ne s'oppose pas à son exigibilité, et qu'elle se tienne vis-à-vis la créance adverse dans la position d'équilibre dont nous avons déterminé les conditions, sans quoi le demandeur pourrait à bon droit lui opposer sa mauvaise foi, et il obtiendrait, sans contestation possible, l'aide de la justice pour forcer son adversaire à exécuter sans délai son obligation ⁽¹⁾.

M. Charmont est d'avis « qu'en bonne législation la faute de l'une des parties qui retarde ou refuse l'exécution de la convention ne devrait permettre à l'autre de recourir à l'exception qu'à la condition de présenter une certaine gravité » ⁽²⁾.

Et il cite dans le sens de son opinion la disposition de l'article 320, al. 2 C. civ. allemand. « Si de l'un des deux côtés la prestation a été fournie pour partie, la contre-prestation ne peut pas être refusée, dans la mesure tout au moins où, d'après les circonstances et en particulier à raison du peu d'importance relative de la partie qui reste à fournir, ce refus constituerait une atteinte à la loyauté et à la confiance réciproque ». En se référant au texte allemand, M. Charmont sem-

⁽¹⁾ Planiol, note dans D., 98. 1. 289, col. 2. — Baudry-Lacantinerie et Barde, II, n. 966.

⁽²⁾ Charmont, *loc. cit.*, p. 69 *in fine*.

ble bien vouloir dire que si la partie de la prestation que le demandeur a encore à fournir pour exécuter complètement son obligation est relativement peu importante, le défendeur ne peut lui opposer du tout l'*Exceptio non adimpleti contractus*. Cependant la doctrine allemande antérieure au code civil, et les rédacteurs du code eux-mêmes comprennent le principe de cette disposition d'une façon tout opposée : en règle générale, le défendeur devrait toujours pouvoir opposer l'exception pour le tout; seulement, par un tempérament d'équité, on a admis que cette exception n'aurait qu'un effet restreint quand le demandeur aurait déjà fourni une partie de sa prestation, et qu'elle devrait alors se borner au refus de la part de la prestation correspondant à ce que le demandeur n'a pas fourni ⁽¹⁾.

Dans le même ordre d'idées que M. Charmont, Troplong écrivait à propos d'une hypothèse particulière : « On a agité la question de savoir si le trouble ne portant que sur une partie extrêmement minime de la chose, l'acheteur est en droit de refuser le paiement. Cette question soulevée devant la cour de Bordeaux ⁽²⁾ disparut devant des faits nouveaux qui, ayant écarté le trouble, ôtèrent à ce débat tout son intérêt. Mais elle aurait dû être résolue par un argument tiré de l'article 1637 du code Napoléon. L'acheteur est en droit de retenir une portion de prix équivalente à la valeur de la parcelle sujette à éviction » ⁽³⁾. Nous dirons plus : c'est simplement par mesure d'équité qu'on ne lui permet de ne faire valoir son droit qu'en partie, alors qu'il pourrait, en principe, l'exercer d'une façon intégrale.

217. On sait que la question de preuve est actuellement

(1) Saleilles, sous l'art. 320, C. civ. all., § 5, I, p. 452.

(2) Bordeaux, 28 juin 1831, D., 31. 2. 170.

(3) Troplong, *Vente*, II, n. 612.

dégagée de la controverse relative à la nature juridique de l'*Exceptio non adimpleti contractus*. Quel que soit le parti que l'on prenne dans le débat, tout le monde en Allemagne admet aujourd'hui que la preuve est toujours à la charge du demandeur. Il n'y a aucune bonne raison qui oblige à résoudre cette question de preuve d'une autre manière dans le droit français que dans le droit allemand. En admettant même, avec M. Saleilles et la théorie d'Heerwart, que l'*Exceptio non adimpleti contractus* soit de sa nature une véritable *exceptio*, on peut dire que le défendeur, en excipant de ce que le demandeur n'a pas exécuté ou n'offre pas de le faire, fait valoir simplement sa qualité de créancier; ce qu'il invoque, c'est la dette mise à la charge de son adversaire et non pas le fait de l'inexécution du contrat par ce dernier. Il lui suffit donc de prouver l'existence de cette dette et pour cela d'invoquer le contrat lui-même. C'est alors au demandeur, s'il prétend que la dette qu'on lui oppose n'existe plus, à prouver sa libération ⁽¹⁾.

Quand il s'agit de contrats imparfaitement synallagmatiques, le défendeur ne peut plus se borner à invoquer le contrat, car l'existence d'une obligation à la charge de son adversaire ne ressortira pas toujours de ce contrat. Il faudra donc d'abord que ce défendeur prouve l'existence de cette obligation qui correspond à la sienne. Cela fait, le demandeur sera obligé de prouver qu'il a exécuté lui-même le contrat s'il veut forcer le défendeur à l'exécuter de son côté.

Par exemple, le mandataire qui oppose à l'action en reddition de compte du mandant une exception où il fait valoir son droit à remboursement pour les débours faits à l'occasion de son mandat, doit prouver qu'il a effectué ces débours

(1) Saleilles, *Du refus de paiement, etc.*, n. 93; Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, II, n. 967.

dans des conditions telles que le mandant se trouve obligé à les restituer.

C'est ensuite au mandant, s'il continue à exiger la restitution des objets que le mandataire détient pour son compte, à prouver qu'il a indemnisé le mandataire des dépenses que ce dernier a faites à l'occasion de son mandat.

CHAPITRE II

CARACTÈRES ET FONCTIONNEMENT DE L'EXCEPTION DE REFUS DE PAIEMENT EN GÉNÉRAL ET DE L'*EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS* EN PARTICULIER

218. L'exception de refus de paiement est une garantie dilatoire, non pas que nous attachions à cette expression une valeur de procédure, qu'elle a complètement perdue en droit français, mais c'est la meilleure façon de caractériser d'un mot le fonctionnement de notre exception qui, comme l'a très bien montré Larombière ⁽¹⁾, ne résout pas le contrat, mais ne fait qu'en retarder l'exécution et produit sous ce rapport les effets d'un terme véritable.

219. Mais l'exécution ne peut plus être retardée du côté du défendeur quand le demandeur a lui-même exécuté, et même des offres faites par le demandeur suffisent pour que le défendeur ne puisse plus se refuser à l'exécution simultanée. Larombière a vu tout cela très nettement. D'après lui, des offres suffisent, à condition toutefois « qu'elles soient reconnues satisfaisantes ».

Mais qui va se faire juge de cette qualité? C'est incontestablement le défendeur. « Ce n'est pas, ajoute Larombière, que le créancier à qui elles sont adressées ne puisse les refuser, les contester et retenir en conséquence la chose due jusqu'à

⁽¹⁾ Larombière, *loc. cit.*, sur l'art. 1186, n. 37.

la constatation de leur validité et de leur suffisance. Mais voici ce qui arrive : si elles sont reconnues suffisantes, il aura eu le tort de ne pas les accepter ; dès lors il sera condamné non seulement aux frais de l'instance, mais encore, suivant les circonstances, à des restitutions et à des dommages-intérêts. Que si les offres sont jugées insuffisantes, dans ce cas c'est comme si rien n'avait été offert, et il aura bien fait de retenir » (1). Nous nous approprions complètement ces conclusions de Larombière qui nous semblent s'adapter pour le mieux à l'exception de refus de paiement.

220. Si c'est un principe incontestable que les obligations dérivant d'un même contrat doivent être exécutées trait pour trait, il faut y faire exception pour le cas où, en vertu du contrat ou d'après la nature même de la convention, l'une des parties est obligée d'exécuter la première. Dans l'hypothèse où cette partie a accordé un terme à l'autre, elle a, par là même, implicitement renoncé à son droit d'invoquer l'exception de refus de paiement comme moyen de contraindre son adversaire à prester.

Cependant il faudrait admettre que ce droit lui est rendu en vertu de l'article 1188, dont la loi fait, d'après l'opinion généralement admise (2), une application, en ce qui regarde l'*Exceptio non adimpleti contractus*, dans l'article 1613, quand l'autre partie est tombée en faillite ou en déconfiture depuis le contrat, ou quand elle a diminué par son fait les sûretés qu'elle avait données pour obtenir le terme.

Toutefois il faut généraliser la disposition de l'article 1613 qui permet au contractant d'éviter la déchéance du terme en fournissant une sûreté suffisante, car son co-contractant

(1) Larombière, *Oblig.*, III, sur l'art. 1186, n. 47, p. 275 et 276.

(2) V. cep., Id., n. 220, note *infra*, et n. 230 *infra*.

aurait dans ces conditions la certitude d'être payé lors de l'arrivée du terme ⁽¹⁾.

221. On admet en général que l'action en résolution, de même que l'action en dommages-intérêts doivent être précédées d'une mise en demeure constatant l'inexécution de l'obligation imposée à l'autre partie ⁽²⁾. Tout au contraire, celui qui oppose à son adversaire l'exception de refus de paiement et surtout l'*Exceptio non adimpleti contractus* ne peut être contraint de le mettre au préalable en demeure, puisque c'est le demandeur qui doit prouver qu'il a exécuté le contrat, ou qu'il était bien fondé à ne pas l'exécuter d'abord, pour pouvoir forcer le défendeur à remplir son obligation ⁽³⁾.

222. Supposons que le demandeur qui poursuit l'exécution du contrat n'ait pas lui-même exécuté son obligation ou n'offre pas de le faire et que le défendeur accomplisse de bon gré sa prestation sans se prévaloir sous forme d'exception du droit à l'exécution simultanée qui lui appartient ⁽⁴⁾. Il ne peut revenir sur cette exécution : il a payé ce qu'il devait, et il doit courir les risques de son paiement anticipé ⁽⁵⁾.

223. Que dire si c'est par erreur que le défendeur a payé? Nous avons rapporté quelles étaient les controverses qui s'élevaient à ce sujet dans la doctrine allemande et nous

⁽¹⁾ Baudry-Lacantinerie et Saignat, *op. cit.*, n. 307. — Cf. art. 321 C. civ. all. Il faut remarquer cependant que la jurisprudence et la majorité de la doctrine exigent que la déchéance du terme encourue en vertu de l'art. 1188, pour cause de déconfiture, soit prononcée par justice (Baudry-Lacantinerie et Barde, II, n. 1013) alors que pour nous le bénéfice de notre exception serait rendu de plein droit au demandeur qui y aurait contractuellement renoncé.

⁽²⁾ Planiol, II, n. 1318.

⁽³⁾ Planiol, note dans D., 98. 1. 289. — Cf. art. 293 C. civ. all.

⁽⁴⁾ Nous allons étudier dans les derniers numéros de ce chapitre plusieurs questions communes aux deux hypothèses de rétention. En conséquence, nous passerons souvent par renvoi dans l'exposé de notre deuxième partie.

⁽⁵⁾ Planiol, II, n. 356; Baudry-Lacantinerie et Barde, II, n. 988; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *Vente*, n. 307, *in fine*.

nous sommes déclaré pour l'opinion qui, avec Dernburg et le code civil allemand lui-même, refuse à qui a payé la répétition. Nous proposons la même solution en ce qui concerne le droit français, et nous invoquerons, pour la justifier, en dehors des arguments que nous avons développés plus haut, et sur lesquels nous ne revenons pas, la disposition de l'art. 1186 que l'on interprète d'une manière générale dans le sens du refus de répétition non seulement de la somme payée, mais même de l'*interusurium* ⁽¹⁾. Il y a entre les deux situations tant d'analogie que nous croyons que les auteurs qui lisent ainsi l'art. 1186 ne feraient aucune difficulté pour accorder la même interprétation aux hypothèses où fonctionne notre exception.

224. Une question qui a été agitée par certains auteurs au sujet du droit de rétention est celle de savoir si le rétenteur, privé violemment de la chose qu'il détient, peut la recouvrer et quels moyens la loi met dans ce but à sa disposition. Cette question peut se poser naturellement pour l'exception de refus de paiement, tout au moins quand elle porte sur une obligation de *dare*.

Nous pensons que quand une des parties emploie la violence pour obtenir l'exécution de l'autre, celle-ci peut lui opposer la violence, parce qu'elle se trouve en état de légitime défense, puisque son droit incontestable est directement menacé. Dans cette mesure, nous pouvons dire avec MM. Aubry et Rau : « Les voies de fait ne sont exceptionnellement permises que dans le cas de légitime défense et dans ceux où le droit de rétention est admis » ⁽²⁾.

Que si la dépossession est consommée, dans ce cas, si la chose enlevée est mobilière, l'individu dépossédé pourra

⁽¹⁾ Planiol, II, n. 357 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, II, n. 989.

⁽²⁾ Aubry et Rau, § 745, texte, VIII, 4^e édit., p. 117.

ressaisir cette chose au moyen de la saisie-revendication, conformément aux articles 826 et suivants du code de procédure civile, bien que l'exception de refus de paiement constitue un droit purement personnel, car la saisie-revendication n'est « qu'une forme de procéder qui peut être employée pour la conservation et l'exercice d'un droit personnel aussi bien que d'un droit réel » (1). S'agit-il d'une chose immobilière, nous pensons qu'on doit accorder au dépossédé l'action en réintégrande. Mais ces actions ne doivent être données que contre l'auteur de la dépossession violente (2).

On pourrait s'étonner de nous voir accorder ainsi à un individu privé par la violence de notre moyen de défense la possibilité de le recouvrer, alors que nous adoptons une solution contraire pour le cas où le même individu y aurait renoncé par erreur. C'est que dans ce dernier cas il n'a pas été vigilant, il a agi imprudemment et avec trop de précipitation, et nous ne croyons pas qu'il soit injuste de considérer que ce qu'il a payé ne puisse être répété, puisqu'après tout il le devait. La violence, au contraire, doit autant que possible être réprimée dans toute société civilisée, sous peine de voir les membres de cette société se faire justice à eux-mêmes.

Nous faisons remarquer en passant que le vendeur de meubles, le bailleur ou le gagiste ont, quand ils sont dessaisis de la chose qu'ils détiennent sans avoir été payés, un droit de revendication spécial et dont l'exercice est soumis à des règles particulières.

225. On dit également que le droit de rétention est indivisible, et certains auteurs justifient cette proposition au moyen

(1) Aubry et Rau, § 256 *bis*, note 25, III (5^e édit.), p. 195 et 196.

(2) Aubry et Rau, § 189, II (5^e édit.), p. 253. — *Contra* Planiol, I, n. 923 (2^e édit.), n. 2309 (3^e édit.).

d'un argument d'analogie tiré de la règle édictée par la loi en matière de gage et d'antichrèse ⁽¹⁾. « Le droit de rétention étant fondé sur l'équité, écrit de son côté Guillouard, il serait aussi injuste que le débiteur pût reprendre sa chose après avoir payé partiellement sa dette, que s'il n'avait rien payé du tout » ⁽²⁾.

Pour nous, le droit d'invoquer l'exception de refus de paiement est également indivisible en ce sens que, en principe du moins, cette exception peut être opposée au demandeur en vue d'obtenir de lui l'exécution intégrale de la prestation qu'il doit. L'exemple classique que l'on donne pour expliquer le sens et la portée de l'indivisibilité du droit de rétention est très intéressant pour nous, puisqu'il concerne une hypothèse de louage d'ouvrage et constitue, au premier chef, un cas d'application de l'*Exceptio non adimpleti contractus*. Un ouvrier ou un fabricant a reçu, en vertu d'une seule et même convention, un lot de matières premières ou de marchandises à façonner ou à réparer. Il en livre une partie pour laquelle son travail est terminé, mais sans être payé de sa peine. Il pourra retenir le surplus des marchandises ouvrées pour la garantie de la totalité de sa créance. Mais s'il y avait eu entre les deux contractants plusieurs conventions distinctes, l'ouvrier ou « le fabricant à façon » ne pourrait retenir les marchandises composant chaque lot que pour le paiement de sa créance afférente à ce lot, et non pour le paiement de celle relative à des marchandises déjà fabriquées et livrées ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n. 244.

⁽²⁾ Guillouard, *Rétent.*, n. 26.

⁽³⁾ Larombière, III (sur l'art. 1186, n. 41), p. 272; Aubry et Rau, § 256 bis, note 19, III (5^e édit.), p. 194; Guillouard, *Rétent.*, n. 26; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, I, n. 244. — Cass., 13 mai 1861, D., 61. 1. 328.

Seulement nous rappelons le tempérament au principe, que nous avons admis avec la doctrine allemande et le code civil allemand. En l'espèce que nous venons de rapporter, l'ouvrier ou le fabricant peut bien, en sa qualité de défendeur, retenir une partie de ce qu'il doit rendre pour obtenir l'intégralité de ce qui lui est dû ; mais si au contraire il a déjà été en partie payé et n'a de son côté encore rien livré, sa prétention de garder tout ce qu'il doit pour obtenir le reste de ce qui lui est dû serait contraire à l'équité et à la bonne foi et l'on doit admettre que les juges pourraient le forcer à restituer une partie des marchandises à lui confiées, proportionnelle à la fraction du prix qu'il a reçue.

226. A. L'exception de refus de paiement n'est pas seulement opposable au demandeur, mais encore à ses ayants cause ⁽¹⁾ à titre particulier ⁽²⁾ : créanciers, acquéreurs de la propriété de la chose qui fait l'objet de la prestation du défendeur ou de droits réels sur cette chose.

Ce bénéfice résulte également du droit de rétention proprement dit, mais la justification est bien plus facile encore en ce qui concerne l'*Exceptio non adimpleti contractus* puisque toutes les dispositions légales sur lesquelles on s'appuie pour défendre, au point de vue des textes, le caractère d'opposabilité aux tiers du droit de rétention sont relatives aux contrats synallagmatiques : articles 1613, 1673, 1749 ⁽³⁾.

Nous ajouterons que si l'exécution trait pour trait s'impose

(1) On dit habituellement que le droit de rétention est opposable aux tiers alors que ces tiers ne sont autres que les ayants-cause de l'un des contractants.

(2) Le droit de rétention est tout naturellement opposable aux héritiers, aux successeurs universels ou à titre universel du débiteur, car ceux-ci succèdent aux obligations de leur auteur en même temps et dans la même mesure qu'à ses droits. Les créanciers chirographaires qui sont les ayants cause universels de leur débiteur ne sauraient avoir également de droits plus étendus que lui.

(3) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n. 227.

aux deux contractants, elle s'impose également à leurs ayants cause, car ils n'ont pu conférer à ceux-ci plus de droits qu'ils n'en avaient eux-mêmes. Nous avons analysé l'exception de refus de paiement comme procurant au défendeur un terme véritable. Sans doute ce terme ne fait pas obstacle à ce que, dans le cas de l'article 1612 par exemple, l'acheteur soit devenu immédiatement propriétaire de la chose vendue, bien qu'il n'en ait pas payé le prix. Mais ce terme permet au vendeur, défendeur par hypothèse, de ne point faire délivrance de la chose à l'acheteur. Ce dernier peut cependant avoir à son tour revendu cette chose, ou l'avoir hypothéquée, ou bien ses créanciers chirographaires peuvent la faire saisir puisqu'elle est devenue leur gage commun. Mais s'il y a dol de la part de l'acheteur à réclamer la délivrance de la chose sans en offrir le prix, il y aurait également dol de la part de ses ayants cause à faire cette réclamation sans désintéresser le vendeur, puisqu'ils n'ont pas plus de droits que leur auteur.

Donc en définitive, quelle que soit l'hypothèse sur laquelle on raisonne, le rétenteur obtiendra son paiement avant tous autres, comme s'il avait sur la chose un véritable privilège.

Il en serait autrement si le rétenteur venait à faire vendre la chose ou s'il s'en était dessaisi sans se faire payer et qu'elle fût vendue; il ne pourrait alors être colloqué sur le prix qu'au marc le franc comme un simple chirographaire (à moins bien entendu que ce rétenteur ne soit un vendeur qui puisse se prévaloir d'un privilège).

L'opposabilité aux tiers du droit de rétention, et par conséquent de l'exception de refus de paiement, a pour principal adversaire Laurent, qui prétend qu'on applique à tort la maxime d'après laquelle on ne peut transmettre à d'autres plus de droits qu'on n'en a soi-même : « Ce principe très vrai

quand il s'agit de droits réels, dit-il, ne peut pas être invoqué contre les ayants cause de celui qui s'est obligé personnellement. Les obligations passent aux ayants cause à titre universel; elles ne passent pas aux ayants cause à titre particulier » ⁽¹⁾.

A cela on peut répondre : d'abord qu'il est presque sûr que l'*exceptio doli* repoussait déjà en droit romain toutes les actions exercées du chef de celui à qui elle était opposable ⁽²⁾; ensuite que les particularités de la procédure formulaire ne permettent pas d'invoquer des principes puisés dans le droit romain pour expliquer le fonctionnement d'une institution qui s'est totalement modifiée ⁽³⁾; enfin que dans notre ancien droit, dont le législateur de 1804 s'est certainement inspiré, le droit de rétention était opposable non seulement aux créanciers chirographaires du débiteur, mais encore aux créanciers munis de droits de préférence postérieurs à la rétention et peut-être même à tous les créanciers quels qu'ils soient et à quelque époque que soit née leur créance ⁽⁴⁾.

D'ailleurs nous allons voir que le droit de rétention est opposable à la masse des créanciers au cas de faillite du débiteur. Or l'on sait que l'un des principaux caractères de la faillite consiste à maintenir autant que possible l'égalité entre les créanciers du failli. On peut conclure de cette remarque que le droit de rétention est à plus forte raison, dans toutes les

⁽¹⁾ Laurent, XXIX, n. 292, p. 329.

⁽²⁾ L. 4, § 27, D., XLIV, 4. — *De auctoris dolo exceptio emptoris non obicitur; si autem accessione auctoris utitur, æquissimum visum est ei qui ex persona auctoris utitur accessione, pati dolum auctoris*. Planiol, II, n. 2533. — Cf. Thaller, *Les faillites en droit comp.*, II, p. 29; Lyon-Caen et Renault, *Traité de dr. comm.*, VIII, n. 859.

⁽³⁾ Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n. 227, p. 211 et 212.

⁽⁴⁾ Dumoulin, *Tractatus contractuum et usurarum* (Paris, 1681), II, quest. 36, n. 278; Claude Serres, *Les institutions du droit français* (Paris, 3^e édit., 1778), II, 8, § 2.

hypothèses autres que la faillite, opposable aux ayants cause du débiteur.

B. On doit admettre, en droit français comme en droit allemand, que les créanciers d'un failli peuvent se voir opposer le droit de rétention qui était opposable à leur débiteur. Sans doute notre code de commerce ne formule pas à cet égard de principe général. Mais les dispositions particulières qu'il édicte à propos de la vente (art. 577 et 578) et que nous étudierons plus loin (n. 231) donnent bien à penser que le législateur a considéré le droit de rétention comme devant être respecté aussi bien par les ayants-cause du failli que par le failli lui-même. D'une manière générale, on peut dire avec M. Thaller : « Du moment que le créancier est fondé à repousser l'action de son adversaire par l'exception de rétention, ce moyen vient, en quelque sorte, s'incorporer à l'action et en neutraliser d'avance les effets. Il importe peu de savoir par qui l'action sera désormais intentée, elle sera certainement condamnée à l'impuissance » ⁽¹⁾.

La masse, représentée par le syndic, ne fait que se substituer au failli, « elle ne fait que se subroger à l'exercice d'une action qui a passé des mains du débiteur dans les siennes » ⁽²⁾. Ainsi quand le syndic veut user de la faculté que lui laisse l'article 578 du code de commerce, c'est la masse elle-même qu'il engage, puisqu'il exerce au nom et pour le profit de celle-ci, une action qui appartenait primitivement au failli ⁽³⁾.

Il est juste, dès lors, de ne considérer le rétenteur comme obligé à s'exécuter que dans la mesure où la masse s'exécutera envers lui-même.

C'est sans doute en matière de contrats synallagmatiques que le caractère d'opposabilité du droit de rétention aux

⁽¹⁾ Thaller, *op. cit.*, p. 29.

⁽²⁾ Thaller, *eod. loc.*

⁽³⁾ Lyon-Caen et Renault, VII, n. 559, VIII, n. 859.

ayants cause du failli se justifie le plus aisément. En effet, le vendeur, au cas de l'article 577 par exemple, possède en principe le droit de faire résoudre le contrat puisque son co-contractant ne satisfait pas à son engagement (art. 1184 C. civ.). Si, par une disposition spéciale (art. 578), le législateur permet au syndic de forcer cependant le vendeur à exécuter ses obligations, il est de toute équité que, par contre, ce vendeur puisse au moins exiger de son côté et à son profit l'exécution intégrale du contrat.

Mais l'argument tiré de l'article 1184 du code civil ne vient que renforcer, en matière de contrats synallagmatiques, un principe que l'on doit admettre pour toutes les hypothèses possibles de rétention, à savoir que la masse reçoit les droits du failli dans l'état où il en était lui-même investi et ne peut les exercer que dans la mesure où il aurait pu les exercer lui-même.

Le droit de rétention a ainsi pour conséquence d'obliger la masse à exécuter vis-à-vis le rétenteur toutes les obligations nées du contrat ou à rembourser intégralement à ce rétenteur la créance à fin d'indemnité née à l'occasion de la chose détenue.

Mais cette situation privilégiée du rétenteur est intimement liée au fait même de la possession. Elle disparaît dès que le rétenteur vient à se dessaisir de l'objet ou à le faire vendre pour se payer par préférence sur le prix. Sous peine de bouleverser la nature même du droit de rétention et d'ériger ce droit en véritable privilège, on ne peut en effet admettre, avec le législateur allemand, que le rétenteur peut se payer par préférence à la masse sur le prix provenant de la réalisation de la chose détenue ⁽¹⁾.

(1) Cf. *supra*, n. 175-B. C'est cependant, d'après M. Thaller, et pour aboutir à la liquidation rapide du patrimoine du failli, le but vers lequel toutes les législations devraient tendre (*op. cit.*, II, p. 35).

CHAPITRE III

APPLICATIONS PARTICULIÈRES DE L'EXCEPTION DE REFUS DE PAIEMENT

SECTION PREMIÈRE

LES CONTRATS SYNALLAGMATIQUES

227. Les contrats synallagmatiques, nous le savons, ne font l'objet d'aucune difficulté en ce qui concerne l'admission de notre exception, car ils font naître, dès l'instant de leur formation, des obligations réciproques.

228. *Vente* ⁽¹⁾. — L'article 1612 dispose que « le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose si l'acheteur n'en paie pas le prix et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le paiement ». C'est là une pure application du principe que, dans les contrats synallagmatiques, l'exécution des obligations réciproques doit, à moins de clause contraire, se faire trait pour trait. Si l'acheteur, sans offrir le prix, exigeait du vendeur la délivrance de la chose vendue, ce dernier aurait pour le repousser l'*Exceptio non adimpleti contractus*. Mais si le vendeur a suivi la foi de l'acheteur, il a, par là même, renoncé à se prévaloir de son exception.

⁽¹⁾ La loi du 23 mars 1855 a établi une sorte de solidarité entre les deux garanties principales du vendeur en décidant que l'extinction du privilège, faute d'une inscription utile, entraînerait aussi la déchéance du droit de résolution. Il en doit être différemment de l'*Exceptio non adimpleti contractus* dont il n'est point question dans la loi, et qui n'a jamais été soumise, même indirectement, à aucune règle de publicité.

229. La règle que le vendeur ne peut refuser la livraison de l'objet vendu jusqu'au paiement du prix s'il a accordé un délai pour le paiement de ce prix, s'applique même au cas où la concession du délai serait implicite et résulterait de l'usage ⁽¹⁾. Mais il en est autrement du délai de grâce que l'acheteur aurait obtenu pour le paiement de son prix; pendant ce délai le vendeur peut refuser de lui livrer la chose ⁽²⁾.

230. Même quand il a accordé un terme à l'acheteur, le vendeur peut opposer à sa demande en délivrance l'*Exceptio non adimpleti contractus* quand, n'ayant pas payé son prix, l'acheteur est tombé en faillite ou en déconfiture depuis la conclusion du contrat (art. 1613). On rattache d'habitude cette disposition de l'art. 1613 à celle de l'art. 1188, d'après laquelle le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite ou lorsque, par son fait, il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier. Cependant, puisqu'on admet généralement que la déchéance du terme doit être demandée en justice, il faut bien reconnaître que l'hypothèse de l'art. 1613 est différente de celle de l'art. 1188, en ce sens du moins que le vendeur recouvre de plein droit le bénéfice de l'*Exceptio non adimpleti contractus*.

D'ailleurs, la disposition de l'art. 1613 n'a pas lieu de s'appliquer : 1° quand, au moment de la passation du contrat, l'acheteur était déjà en faillite ou en déconfiture, à condition bien entendu que le vendeur ait connu la situation de son co-contractant. Le vendeur ayant malgré tout suivi la foi de l'acheteur doit subir les conséquences de son opération aventureuse; 2° quand l'acheteur donne au vendeur caution de payer au terme : il n'y a plus dès lors de raison pour que ce

⁽¹⁾ Cass., 22 fév. 1875, D., 75. 1. 471.

⁽²⁾ Pothier, *Vente*, n. 67; Aubry et Rau, § 354, note 12, 4^e édit., IV, p. 363.

dernier refuse d'exécuter l'obligation qui lui incombe (Cf. la disposition très analogue de l'art. 321 C. civ. all., C. féd., art. 96).

On assimile à l'acheteur qui tombe en faillite ou en déconfiture celui qui n'exécute pas toute autre obligation que le contrat a mise à sa charge par application des principes généraux relatifs à l'exécution des contrats synallagmatiques. Notamment, par analogie avec l'hypothèse prévue dans l'art. 1188, on est d'accord pour admettre que l'acheteur qui a obtenu de son vendeur un terme en lui fournissant ou en lui promettant des sûretés lors de la conclusion du contrat, perd le droit d'exiger la délivrance de l'objet vendu sans offrir le paiement du prix s'il a laissé, par son fait, dépérir ces sûretés ou s'il ne les a pas fournies ⁽¹⁾.

Mais on n'a jamais admis que le vendeur pût refuser, en vertu de l'article 1613, la livraison de la marchandise vendue, si l'acheteur commerçant n'est pas tombé en faillite, alors même qu'il aurait des craintes plus ou moins sérieuses au sujet de la solvabilité de cet acheteur ⁽²⁾.

231. Le code de commerce a fait une application de ces idées en matière de faillite, dans l'article 577, reproduction en cas de vente au comptant du principe contenu dans l'article 1612. « Pourront être retenues par le vendeur les marchandises par lui vendues qui ne seront pas délivrées au failli ou qui n'auront pas encore été expédiées soit à lui, soit à un tiers pour son compte ».

Le droit pour le vendeur de marchandises d'opposer l'*Exceptio non adimpleti contractus* à la demande en livraison de l'acheteur existe également à son profit en cas de vente

(¹) Baudry-Lacantinerie et Saignat, *Vente*, n. 307.

(²) Baudry-Lacantinerie et Saignat, *op. et loc. cit.*; Aubry et Rau, § 354 (4^e édit.), IV, p. 363. — Cass., 8 août 1870, D., 71. 1. 331.

à crédit, par application de l'article 1613 du code civil lorsque l'acheteur a été déclaré en faillite depuis la vente. MM. Lyon-Caen et Renault ⁽¹⁾ font découler cette conséquence du principe que la faillite entraîne l'exigibilité des dettes à terme (art. 444 C. comm.). Nous croyons qu'il est plus simple et plus conforme à l'essence des contrats synallagmatiques et à l'intention présumée des parties de rattacher cette disposition au principe de l'*Exceptio non adimpleti contractus*. Le vendeur, tout en accordant un terme à l'acheteur pour le paiement du prix, a bien compté recevoir ce prix intégralement. Or, par l'effet de la faillite, il ne pourrait être payé qu'au marc le franc s'il devait exécuter le premier comme il a été stipulé. Il est donc juste qu'il recouvre son droit de n'exécuter que trait pour trait afin de pouvoir se servir de la prestation qu'il doit comme moyen de contrainte pour obtenir intégralement celle qui lui est due.

La faillite de l'acheteur ne résolvant pas le contrat, le syndic peut, avec l'autorisation du juge commissaire, en exiger l'exécution en payant intégralement au vendeur le prix convenu entre lui et le failli (art. 578). C'est encore une application de l'idée d'exécution simultanée et MM. Lyon-Caen et Renault, bien que n'en formulant pas le principe, le constatent implicitement en disant « que le vendeur ne peut être tenu d'exécuter ses obligations qu'à la charge par l'acheteur d'exécuter entièrement les siennes ». Dans ce cas, le vendeur devient créancier de la masse, il doit donc échapper à la loi du dividende.

Des hypothèses, peu fréquentes il est vrai, peuvent se présenter où le vendeur a un intérêt à exiger du syndic l'exécution du contrat ; il a été jugé que cette faculté lui

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit comm.*, VIII, n. 858. •

appartient, mais qu'il ne peut dès lors prétendre à être payé qu'en monnaie de faillite ⁽¹⁾.

232. Echange. — La vente et l'échange étant deux contrats de la même nature, il n'y a aucun inconvénient à étendre au deuxième les principes que nous avons dégagés au sujet du premier. Le législateur nous autorise lui-même à employer ce procédé (arg. art. 1707). Ainsi, l'une des parties aurait le droit de refuser la délivrance si l'autre ne lui offrait pas contre-délivrance des choses respectivement échangées. Un échangiste aurait également le droit d'invoquer contre son co-échangiste l'*Exceptio non adimpleti contractus*, en cas de non paiement par ce dernier d'une soulte mise à sa charge (pour l'art. 1704, v. *infra*, n. 258).

233. Expropriation pour cause d'utilité publique. — L'article 545 du code civil déclare que nul ne peut être contraint de céder sa propriété si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité. L'article 53 de la loi du 3 mai 1841 reproduit plus explicitement encore ce principe en disant que les indemnités réglées par le jury seront, préalablement à la prise de possession, acquittées entre les mains des ayants-droit.

Du principe que l'indemnité doit être préalable, il suit d'abord que le propriétaire exproprié peut exiger qu'elle lui soit versée en capital et non en une rente, car le service de la rente ne constituerait pas une indemnité préalable, et qu'il a le droit de retenir l'immeuble dont s'agit jusqu'au paiement de l'indemnité qui lui est due. Par l'effet du jugement d'expropriation, son droit de propriété s'est transformé en une créance de somme d'argent. Dans le but d'assurer la garantie de la propriété, l'Etat, le département ou la com-

(1) Nîmes, 4 juillet 1885, S., 86. 2. 91.

mune sont considérés par la loi comme des acheteurs ordinaires et astreints, par là même, à l'exécution simultanée.

234. Louage. — Si l'*Exceptio non adimpleti contractus* existe en principe et surtout dans la matière des contrats synallagmatiques, encore faut-il faire exception pour les cas où la nature même du contrat impose une autre règle. C'est ainsi que le code saxon, après avoir posé le principe de l'exécution simultanée, citait comme y échappant les contrats de bail à ferme et à loyer ⁽¹⁾. C'est qu'en effet, les prestations réciproques dues en vertu de ces contrats ne s'effectuent pas d'habitude simultanément. Le bailleur délivre la chose louée au preneur sans que ce dernier lui paie immédiatement le loyer convenu, du moins dans la plupart des cas. Il est vrai que certains contrats portent que le loyer sera payé d'avance pour tant d'années le jour même de la délivrance de la chose louée et que, dans les villes, les propriétaires insuffisamment protégés par leur droit de gage, se font parfois payer un ou plusieurs termes d'avance, pour pallier autant que possible le risque des déménagements clandestins. Mais ces cas sont exceptionnels. Cependant, il faut dire que toutes les fois que ce sera possible, le principe de l'exécution simultanée devra reprendre son empire.

235. C'est ainsi, notamment, qu'en vertu du décret des 30 mai-7 juin-6 août 1791, article 21, réglementant le bail à domaine congéable, quand le foncier exerçait son congément, le domanier avait le droit de retenir la tenue convenancière jusqu'à ce que le foncier lui eût remboursé les impenses faites.

Le même droit ne lui appartient pas, d'après la loi du 8 février 1897, modifiant le décret précité, quand il a fait volontairement expose, car en vertu de l'article 5 de cette

⁽¹⁾ C. saxon, art. 859. — Cf. art. 95 C. Féd.; art. 556, § 2, et 581, § 2, C. civ. all.
— Kipp, *Pand. de Windscheid*, § 351, B. G. B., 2, II, p. 499.

loi le propriétaire du fonds jouit alors d'un délai de six mois à compter de sa rentrée en jouissance pour payer au domanier l'indemnité de plus value. Cela suppose que le domanier quitte la tenue sans être remboursé. Il est vrai que son droit de rétention est alors remplacé par un privilège sur le fonds.

236. On cite comme constituant un cas particulier de rétention la disposition de l'article 1749 du code civil.

L'acquéreur d'une chose louée ne peut, aux termes de l'article 1743, expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou à date certaine, à moins que le bailleur ne se soit réservé ce droit par le contrat de bail. Quand l'acquéreur use de ce droit d'expulsion, il doit payer au preneur des dommages-intérêts fixés par la convention ou la loi (art. 1744 et suiv.) et l'article 1749 déclare que les fermiers ou les locataires ne peuvent être expulsés qu'ils n'aient reçu du bailleur, ou à son défaut du nouvel acquéreur, les dommages-intérêts qui leur sont dus. Ce droit de rétention, dérivé de la convention, est donc opposable, non seulement à la contrepartie de celui qui l'invoque, mais encore à ses ayants-cause à titre particulier.

On admet généralement aujourd'hui que le droit de rétention peut être mis en œuvre pour garantir non seulement le recouvrement de l'indemnité due à raison de l'expulsion, mais encore le remboursement de la plus-value que le preneur a conférée à l'immeuble loué, quand du moins les travaux ont été effectués en exécution d'une clause du bail portant que le preneur serait indemnisé de ses améliorations à la fin de la jouissance ⁽¹⁾. Dans ce cas, ce dernier ne demande que l'exécution d'une convention de bail connue de l'acquéreur et que celui-ci a dû s'attendre à respecter.

(¹) Guillouard, *Louage*, I, n. 374 et 377.

Mais si l'obligation d'indemniser le preneur a été prise par le bailleur postérieurement au bail et contrairement aux conventions qu'il contenait, les juges pourront décider que cette convention nouvelle n'est pas opposable à l'acquéreur ⁽¹⁾.

Que si les améliorations ont été faites par le preneur en dehors de toute stipulation du bail, l'acquéreur a, *a fortiori*, le droit d'option réservé au bailleur par l'article 555, al. 3; il pourra donc, ou bien obliger le preneur à démolir, auquel cas il n'aura aucune indemnité à lui payer, ou déclarer qu'il entend profiter des améliorations, auquel cas il devra le remboursement de la valeur des matériaux et de la main-d'œuvre, remboursement garanti par un droit de rétention sur la chose louée ⁽²⁾.

Les solutions que nous venons de donner étaient loin, autrefois, d'être unanimement acceptées et elles ont donné lieu à de nombreuses discussions ⁽³⁾. Pour les résoudre, il suffisait pourtant de remarquer que dans les cas où le droit du preneur à l'indemnité *dérive d'une convention*, ce droit peut être exercé sous la forme d'*Exceptio non adimpleti contractus* contre le bailleur et, la plupart du temps, contre l'acquéreur lui-même (hormis les cas où les juges déclareraient pour des raisons particulières que la convention ne peut être opposable à l'acquéreur); mais que dans les hypothèses où les améliorations sont faites *en dehors de toute convention*, c'est le droit de rétention proprement dit qui fonctionne : du moment que l'acquéreur déclare qu'il entend profiter des améliorations faites, il s'enrichit d'autant au détriment du preneur, il y a valeur incorporée à la chose achetée, *debitum*

⁽¹⁾ Cass., 10 janv. 1882, D., 83. 1. 55.

⁽²⁾ Guillouard, *Louage*, I, n. 377.

⁽³⁾ Cabrye, *op. cit.*, n. 68; Glasson, *op. cit.*, p. 158; Guillouard, *Rét.*, n. 64.

cum re junctum, et cet acquéreur doit indemniser le preneur qui jouit, comme d'une garantie, du droit de retenir l'immeuble jusqu'au paiement de cette indemnité.

237. L'*Exceptio non adimpleti contractus* existe certainement en matière de louage d'ouvrage ou de services, bien que ces contrats comportent parfois des prestations successives. Ces prestations ne constituent pas cependant les objets différents d'autant de contrats séparés, dont l'exécution pourrait être exigée de façon distincte, mais elles dépendent toutes d'une convention unique pour l'exécution intégrale de laquelle l'*Exceptio non adimpleti contractus* peut être opposée.

C'est ainsi qu'un ouvrier qui reçoit une certaine quantité de matières premières à fabriquer en vertu d'une même convention, pourra retenir tout ou partie de ces marchandises, une fois façonnées, jusqu'au paiement de l'intégralité de son salaire ⁽¹⁾.

238. On étudie quelquefois le droit de rétention accordé à l'architecte pour le paiement de ses déboursés et honoraires à propos du mandat et de la gestion d'affaires ⁽²⁾. Nous croyons qu'il est préférable de considérer le contrat qui intervient ordinairement entre un architecte et son client comme un louage d'ouvrage et c'est pourquoi nous l'étudions ici au point de vue qui nous occupe.

On reconnaît d'habitude que l'architecte peut retenir ses plans et devis jusqu'au paiement de ce qui lui est dû par son client à l'occasion de la commande dont ces travaux sont le résultat ⁽³⁾.

Mais que dire de l'usage de faire régler par les architectes

⁽¹⁾ Cass., 13 mai 1861, D., 61. 1. 328. — V. *supra*, n. 225.

⁽²⁾ V. not. Nicolas, *op. cit.*, n. 233.

⁽³⁾ Paris, 14 déc. 1869, D., 71. 2. 83.

les mémoires des entrepreneurs? Il n'y a pas là mandat, mais contrat accessoire de louage d'ouvrage passé entre l'architecte et son client, à moins que le règlement des mémoires se trouvant être la mission exclusive de l'architecte, on ne dise qu'on est en présence d'un louage de services ⁽¹⁾. Quoi qu'il en soit, la question s'est posée de savoir si un architecte peut exercer le droit de rétention, jusqu'au paiement de ses honoraires, sur les mémoires des entrepreneurs, en prétendant que ces mémoires portant des rectifications faites par lui, étaient devenus, en partie, son travail personnel. La jurisprudence n'a pas eu à résoudre cette question d'une façon expresse, mais la Cour de cassation l'a implicitement tranchée dans le sens de l'affirmative en déclarant que, lorsqu'à la suite d'une demande en paiement d'honoraires formée par un architecte contre son client, le tribunal a chargé un expert de visiter les travaux, de recueillir tous les renseignements utiles à l'effet de régler les mémoires et comptes et fixer les honoraires, l'architecte n'est pas en droit de refuser de remettre les pièces entre les mains de l'expert, et que c'est en vain qu'il prétendrait que cette remise constituerait un dessaisissement de nature à compromettre son droit de rétention ⁽²⁾.

M. Glasson, dans la note rédigée sous cet arrêt, écrit qu'on doit permettre à l'architecte d'invoquer le droit de rétention sur les mémoires qu'il a réglés sans qu'il soit nécessaire, pour aboutir à ce résultat, de raisonner par analogie avec le mandataire, lequel est, à son tour, assimilé au dépositaire.

Quant à nous, nous pensons que par le fait qu'il est intervenu entre l'architecte et son client un contrat de louage de

⁽¹⁾ Pour les règles spéciales aux contrats passés avec les architectes, v. Aubry et Rau, § 374-2°, IV (4^e édit.), p. 529.

⁽²⁾ Cass. req., 10 juill. 1904, D., 06. 1. 9 et note Glasson.

services, l'admission de l'*Exceptio non adimpleti contractus* est suffisamment justifiée.

239. Contrat de transport. — On appelle voiturier toute personne qui se charge moyennant salaire, soit professionnellement, soit accidentellement, de transporter une chose d'un lieu à un autre, par terre ou par eau.

L'ancien droit reconnaissait au voiturier un droit de rétention. Bourjon écrit : « Les messagers et les voituriers ont le même privilège (que les hôteliers) sur les paquets, ballots et marchandises qu'ils ont voiturés; c'est leur gage... ils peuvent donc les retenir jusqu'à ce qu'ils soient payés de ce qui leur est dû pour la voiture et les dépenses nécessaires... Dans ce cas, l'équité est la base de la coutume » ⁽¹⁾.

L'article 2102-6° du code civil accorde au voiturier un privilège sur la chose voiturée pour le recouvrement des frais de voiture et dépenses accessoires. Les auteurs ne s'entendent pas au sujet du fondement de ce privilège.

Les uns ⁽²⁾ disent qu'il a sa raison d'être dans le fait par le voiturier d'avoir augmenté la valeur de la chose en la transportant sur un marché plus important de consommation. Mais cette raison n'est pas toujours valable et d'ailleurs, comme le fait remarquer M. de Loynes, « rationnellement un privilège qui a sa cause dans une amélioration ne doit porter que sur la plus value acquise par la chose améliorée... Or, nous voyons qu'au contraire le privilège du voiturier porte sur la valeur totale de la chose voiturée ».

Si l'on n'admet pas la première explication, on peut dire qu'il y a ici nantissement tacite ⁽³⁾. Mais Pothier n'expliquait pas le privilège du voiturier par l'idée de nantissement ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Bourjon, *Dr. comm. de la Fr*, VI, tit. VIII, chap. II, n. 41 (édit. Paris, 1770).

⁽²⁾ Troplong, I, n. 207; Laurent, XXIX, n. 512.

⁽³⁾ V. bibl. dans Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n. 555, p. 512, note 2.

⁽⁴⁾ Pothier, *Proc. civ.*, I, 4^e partie, chap. II, sect. II, art. 7, § 11.

Aussi M. Planiol prétend-il que le droit accordé au voiturier n'est autre que l'*Exceptio non adimpleti contractus*. Le propriétaire des marchandises les confie au voiturier pour que ce dernier les transporte en un lieu déterminé, moyennant un prix fixé comme rémunération. Les deux obligations nées du contrat de transport doivent recevoir exécution simultanée, et le voiturier peut refuser de se dessaisir de la chose une fois rendue à destination, si on ne lui paie pas le prix convenu. Mais une fois dessaisi il aura perdu toute sûreté, car une exception ne peut lui conférer un droit de suite ⁽¹⁾.

Nous ne suivons pas l'opinion de M. Planiol, en ce sens que, pour nous, le voiturier possède à la fois un privilège et un droit de rétention que l'auteur semble bien confondre, et qu'il faut cependant avoir bien soin de séparer parce qu'ils sont de nature différente et procurent au voiturier des avantages distincts. Mais nous croyons avec le même auteur, qu'indépendamment du privilège de l'article 2102-6°, sur le fondement duquel nous n'insistons pas, le voiturier peut opposer à son co-contractant l'*Exceptio non adimpleti contractus* pour le recouvrement de ses frais de voiture et des frais accessoires nécessaires pour effectuer le transport dans de bonnes conditions. Il ne pourrait toutefois, conformément aux principes que nous avons indiqués, opposer notre exception pour recouvrer ni les frais de transports antérieurs ni les frais de transport de marchandises autres que celles ayant fait l'objet de la convention actuelle ⁽²⁾.

240. L'article 306 du code de commerce déclare que « le capitaine ne peut retenir les marchandises dans son navire faute de paiement de son fret; — il peut, dans le temps de la décharge, demander leur dépôt en mains tierces jusqu'au

⁽¹⁾ Planiol, II, n. 2521-2°.

⁽²⁾ Cabrye, *op. cit.*, p. 111, n. 68.

paiement de son fret ». M. Cabrye ⁽¹⁾ a prétendu que, dans ce cas, le législateur refusait au capitaine de navire le droit de rétention. Mais la plupart des auteurs sont d'avis contraire ⁽²⁾. Nous dirons, pour notre part, que l'article 306 est une application du principe de l'exécution simultanée. Si l'alinéa 1 de cette disposition refuse au capitaine le droit de retenir les marchandises sur son navire, c'est à cause des risques particuliers auxquels seraient exposées ces marchandises par leur séjour à bord. Mais le législateur n'a pas voulu pour cela que le capitaine fût tenu d'exécuter son obligation de délivrer les marchandises sans que le destinataire exécutât celle de payer le fret. Le capitaine peut donc se faire autoriser par justice à déposer les marchandises en mains tierces, pratiquement dans un magasin général, jusqu'à ce que le destinataire se résolve à l'exécution simultanée.

On admet même que l'offre d'une caution par le destinataire ne peut empêcher le capitaine d'exercer son droit ⁽³⁾. Et la Cour de cassation a jugé que ce dernier peut, à défaut de paiement du fret, demander dans le temps de la décharge le dépôt de marchandises en mains tierces, nonobstant tout usage contraire ⁽⁴⁾. Nous pensons avec M. Lyon-Caen ⁽⁵⁾ que la Cour est allée trop loin. Etant donné que le code de commerce dispose plus que tout autre par interprétation de la volonté des contractants, une clause formelle du contrat peut bien écarter l'application de ses dispositions. On ne voit pas, dès lors, pourquoi un usage établi sur une place de commerce ne pourrait également les exclure.

(1) Cabrye, *op cit.*, n. 68, p. 111.

(2) Aubry et Rau, § 256 *bis*, note 2, III, 5^e édit., p. 188; Guillouard, *Rét.*, n. 69.

(3) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, V, n. 755, p. 519.

(4) Cass. civ., 5 mars 1884, S., 85. 1. 124.

(5) Lyon-Caen, *Rev. crit. de lég. et de jur.*, 1885, p. 407 et 408.

Quand il y a lieu à contribution, outre le privilège accordé par les articles 308 et 412 du code de commerce, l'armateur représenté par le capitaine peut également faire ordonner le dépôt des marchandises en mains tierces jusqu'au paiement par le propriétaire des marchandises de sa part contributive.

Dans les deux cas que nous venons successivement d'envisager, le capitaine ne retient pas sans doute, au sens exact du mot, les marchandises en sa possession. C'est peut-être là ce qui a fait dire à MM. Lyon-Caen et Renault qu'il n'avait pas le droit de rétention ⁽¹⁾. Nous avons expliqué la raison pratique qui motivait le refus au capitaine du droit de retenir matériellement les marchandises. Et il nous semble que la possibilité du dépôt en mains tierces jusqu'au paiement intégral de ce qui lui est dû est un moyen légal aussi énergique d'assurer au capitaine l'exécution trait pour trait de la part du porteur de connaissance ou du contribuable, et que nous sommes, sans aucun doute, dans le domaine de l'*Exceptio non adimpleti contractus* ⁽²⁾.

241. Aubergistes et hôteliers. — « L'hostelier peut retenir... jusqu'à paiement... les biens et chevaux hostelez... pour les dépens d'hostelage ». Ainsi s'exprimait l'article 175 de la coutume de Paris. La plupart des coutumes édictaient des dispositions semblables.

Sous l'empire de la législation actuelle, il n'y a aucune bonne raison pour ne pas reconnaître le même droit aux aubergistes et hôteliers. Le code n'accorde pas expressément un droit de rétention à l'hôtelier, mais il lui donne un privilège sur les effets du voyageur qui ont été transportés dans son auberge.

⁽¹⁾ Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, V, n. 808, VI, n. 977.

⁽²⁾ V. d'ailleurs les dispositions de l'Ord. de 1681, III, 3, art. 23, et III, 8, art. 21.

De même que pour le voiturier, on ne s'entend pas sur le fondement à donner à ce privilège.

La plupart des auteurs l'expliquent comme une constitution tacite de gage ⁽¹⁾.

M. Planiol, lui, soutient que le prétendu privilège de l'aubergiste n'est autre que l'exception de refus de paiement. Du fait de l'entrée du voyageur dans l'hôtel résultent deux opérations indivisibles : d'une part le voyageur confie ses bagages à l'hôtelier qui est considéré comme un dépositaire nécessaire pour les effets apportés par le voyageur qui loge chez lui (art. 1952); d'un autre côté, il y a fourniture de denrées et de services par l'aubergiste au voyageur. L'obligation de payer la note d'une part, et celle de restituer les bagages, d'autre part, étant connexes, doivent être exécutées trait pour trait. Aussi quand l'hôtelier a laissé sortir les bagages de l'hôtel sa sûreté a par là même disparu, et il ne peut plus la recouvrer. Les effets apportés par le voyageur ne garantissent pas les dépenses par lui faites dans des voyages précédents ⁽²⁾ : les deux opérations sont divisibles parce qu'elles ne sont pas nées d'un même fait; il n'y a donc pas lieu d'appliquer en cette hypothèse l'exception de refus de paiement ⁽³⁾.

M. Planiol justifie son opinion en disant que « historiquement le droit de l'hôtelier ne lui paraît pas avoir pour origine une convention de dation en gage qui aurait fini par être sous-entendue, comme cela est arrivé dans les rapports du bailleur, et du locataire ou fermier » ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Aubry et Rau, § 261, III (5^e édit.), p. 271; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n. 539 et 540.

⁽²⁾ Cf. Aubry et Rau, § 261, III, p. 273.

⁽³⁾ Planiol, II, n. 2521-1^o.

⁽⁴⁾ Planiol, II, n. 2521-1^o, p. 759, note 1.

Cette dernière idée a été mise en doute par M. Moissonet ⁽¹⁾.

Quant à la thèse elle-même, nous la croyons inexacte en ce sens que, pour nous, l'hôtelier possède deux droits distincts qui sont un privilège et un droit de rétention. Ces droits ne peuvent être confondus : ils sont d'essence différente et procurent à l'aubergiste des avantages distincts.

Mais nous pensons avec M. Planiol que, malgré le silence du code, il faut reconnaître à l'hôtelier le droit d'invoquer l'exception de refus de paiement, parce qu'il serait contraire à la bonne foi et à l'intention normale des parties que deux obligations ayant même origine pussent s'exécuter séparément.

SECTION II

CONTRATS IMPARFAITEMENT SYNALLAGMATIQUES

242. Mandat et gestion d'affaires. — Bien qu'il n'y ait à cet égard aucun texte, on est d'accord pour décider que le mandataire ou le gérant d'affaires ont le droit de rétention sur les choses qu'ils détiennent appartenant au mandant ou au géré, comme garantie du recouvrement des avances qu'ils ont faites à l'occasion de ces choses. MM. Aubry et Rau retrouvent ici les deux conditions qui leur semblent indispensables pour que le droit de rétention puisse être invoqué. Non seulement il y a connexité entre la créance du rétenteur et la chose détenue, mais la créance à fin de restitution et l'action en remboursement sont issues de la même origine contractuelle ou quasi-contractuelle.

Ainsi l'on admet que l'agent de change ou le banquier qui a acheté des valeurs pour un client est autorisé à les retenir

⁽¹⁾ Moissonet, Th., p. 78.

pour la garantie du paiement de ce qui lui est dû pour cet achat ⁽¹⁾; que l'avoué peut retenir les pièces de procédure jusqu'au paiement des frais et des avances faites ⁽²⁾; et que lorsqu'un commissionnaire, ayant acheté des marchandises, les a payées de ses propres deniers et qu'elles sont encore en sa possession, le commettant ne peut en exiger la délivrance qu'à la condition de lui en rembourser le prix ⁽³⁾.

243. Mais où l'on ne s'entend plus, c'est lorsqu'on se demande si le mandataire où le gérant auront le droit de rétention pour la garantie du paiement de leurs salaires ou honoraires, dus à raison de l'accomplissement de leurs fonctions. Les uns avouent bien qu'il existe entre les parties un lien contractuel ou quasi-contractuel. « La créance et la dette de restitution ont bien alors la même origine. Mais il est difficile de penser qu'il y ait également *debitum cum re junctum*. La dette est née de l'exécution du mandat, mais elle n'est pas relative aux choses mêmes que le mandataire doit restituer » ⁽⁴⁾.

Parmi les auteurs mêmes qui se contentent, pour reconnaître à un créancier le droit de rétention, qu'il y ait un *debitum cum re junctum*, il y a divergence, et M. Nicolas refuse au mandataire, pour le recouvrement de son salaire, « le droit de rétention sur les choses par lui détenues, puisque ce ne sont pas ces choses mêmes qui sont la cause de sa créance » ⁽⁵⁾. Guillouard, lui, reconnaît ce droit de rétention au mandataire parce qu'il y a bien en l'espèce connexité entre

⁽¹⁾ Paris, 28 février 1857, S., 57. 2. 387. — Rennes, 14 août 1859, D., 60. 2. 36.

⁽²⁾ Bordeaux, 7 février 1866, S., 66. 2. 184. — Cass. civ., 10 août 1870, D., 71. 1. 40. — Rouen, 3 mai 1875, S., 77. 2. 7.

⁽³⁾ Cass. Rej., 6 avril 1875, D., 75. 1. 354.

⁽⁴⁾ Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n. 236. — Cf. Aubry et Rau, § 256 *bis*, 5^e édit., III, p. 191. — Bordeaux, 7 fév. 1866, S., 66. 2. 184.

⁽⁵⁾ Nicolas, *op. cit.*, n. 233.

la créance et la chose « car c'est à raison de l'administration de ces choses, de leur conservation ou de leur amélioration qu'un salaire lui est dû » (1).

La jurisprudence a une tendance très accentuée à autoriser le mandataire à retenir les objets qui lui ont été confiés pour l'exécution de son mandat jusqu'au paiement de ce qui lui est dû à raison de ce mandat (2). La Cour de cassation, dans une importante affaire, a confirmé ce principe en l'appuyant sur l'article 1948 du code civil. « Attendu que, ainsi que le mandataire, auquel il doit être assimilé quand, comme dans l'espèce, l'utilité de sa gestion est reconnue, le gérant d'affaires a, par application de la règle inscrite dans l'article 1948 du code civil en faveur du dépositaire, le droit de retenir la chose qu'il a gérée jusqu'au paiement de tout ce qui lui est dû à raison de sa gestion » (3).

L'annotateur de l'arrêt, M. Guénée, fait justement remarquer qu'il est bien hasardeux de se fonder ainsi sur l'article 1948 du code civil, car il faut pour cela supposer que, alors que le dépôt est essentiellement gratuit, le législateur ait visé le cas où il serait contracté à titre onéreux. D'ailleurs on invoque aussi bien l'article 1948 pour admettre que le droit de rétention garantit simplement les déboursés faits par le mandataire (4) que pour prétendre qu'il peut être exercé même pour le paiement des honoraires (5).

Aussi vaut-il mieux, à notre sens, tout en admettant la

(1) Guillouard, *Rét.*, n. 89.

(2) Civ. rej., 17 janv. 1866, D., 66. 1. 76. — Jugé notamment que le notaire chargé de procéder à une liquidation de communauté et de succession peut retenir les pièces qui lui ont été remises pour la confection de l'état liquidatif jusqu'au paiement intégral de ses déboursés et honoraires concernant cet objet. — Orléans, 20 juill. 1899, D., 1900. 2. 131. — Cf. Dijon, 27 mai 1887, D., 87. 2. 166.

(3) Cass. civ., 25 janv. 1904, D., 04. 1. 601 et note Guénée.

(4) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Mandat*, n. 763.

(5) Guillouard, *Mandat*, n. 180.

solution de la Cour suprême, repousser son point de départ et dire qu'il y a ici une simple application du principe de l'exécution trait pour trait. Le mandant ou le maître ne peut obliger valablement le mandataire ou le gérant à exécuter leur obligation à fin de restitution qu'à la condition de leur offrir le paiement de tout ce qui peut leur être dû à raison de leur gestion. Les deux obligations réciproques dérivent du même fait juridique, le contrat de mandat ou le quasi-contrat de gestion d'affaires; elles doivent être simultanément exécutées ⁽¹⁾.

Mais on reproche à la jurisprudence d'être parfois allée trop loin dans le sens extensif, en faveur du mandataire ou du gérant d'affaires. On incrimine notamment un arrêt de la Cour de cassation du 10 août 1870 ⁽²⁾ qui déclare qu'un avoué peut retenir les pièces qui lui ont été remises pour l'accomplissement de son mandat jusqu'à l'entier remboursement de ses avances, alors qu'il n'a fait aucun déboursé pour l'obtention ou la régularisation de ces pièces.

Nous pensons avec Guillouard ⁽³⁾ que l'exception de refus de paiement peut être à bon droit invoquée par l'avoué à propos de la restitution de pièces au sujet desquelles il n'a fait même aucune impense, pourvu qu'elles lui aient été remises à l'occasion du mandat pour lequel il réclame un salaire. En effet « le mandataire a exécuté les obligations que le contrat de mandat lui imposait, et le mandant ne veut point exécuter les siennes et indemniser le mandataire des dépenses qu'il a faites ou du préjudice qu'il a subi dans l'exécution de son mandat ». Dès lors ce mandataire est parfaitement en

(1) Cf. Ferron, note dans S., 01. 1. 194, col. 1; Guénée, note dans D., 04. 1. 601.

(2) D., 71. 1. 40, S., 70. 1. 398. — Cf. Nicolas, n. 233; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n. 236.

(3) Guillouard, *Rél.*, n. 87.

droit d'opposer à son adversaire l'exception de refus de paiement, et nous jugeons inutile de rechercher, avec l'auteur que nous citons, si l'on peut trouver en l'espèce un *debitum cum re junctum*.

MM. Aubry et Rau, qui n'admettent pas que le mandataire puisse user du droit de rétention pour le paiement des salaires et honoraires qui lui sont dus, accordent cependant aux huissiers, sans d'ailleurs donner les raisons qui expliquent cette mesure de faveur, un droit de rétention sur les actes de procédure faits par eux pour obtenir le paiement de leurs frais et honoraires, et sur les titres qui leur ont été confiés jusqu'au remboursement de leurs avances seulement ⁽¹⁾.

244. Avocats. — Peut-on admettre également pour les avocats le droit de refuser la restitution des pièces à eux remises par leur client ou du dossier qu'ils ont constitué jusqu'au paiement intégral de leurs frais et honoraires?

La difficulté vient de ce qu'on a considéré longtemps, particulièrement dans le barreau de Paris, que les honoraires sont pour l'avocat une rémunération spontanée et volontaire, librement offerte. Aussi l'avocat doit-il s'abstenir de toute demande, même par lettre, de vive voix ou par l'intermédiaire d'un tiers ⁽²⁾. Dans ces conditions l'on comprend qu'il ne puisse user d'aucun moyen indirect pour forcer son client à lui payer ce qu'il lui doit. La conséquence logique de la théorie professionnelle est que l'avocat ne peut retenir les pièces du dossier pour s'assurer son paiement ⁽³⁾.

Aujourd'hui cette théorie professionnelle commence à être ébranlée par les critiques nombreuses qui lui ont été adres-

⁽¹⁾ Aubry et Rau, § 256 *bis*, note 9, III (5^e édit.), p. 191.

⁽²⁾ Labouret, *th.*, p. 116.

⁽³⁾ Aubry et Rau, § 256 *bis*, note 9, III (5^e édit.), p. 191. — Tunis, 23 décembre 1889, *Rép. gén. de dr. franç.*, v^o *Avocat*, n. 443.

sées. Le barreau de Paris lui-même proclame le droit de l'avocat à la juste rémunération de son travail, et la conférence des Bâtonniers des départements tenue à Paris le 13 juin 1905, a déclaré que « l'honoraire de l'avocat est légitimement dû, tout en exprimant le désir que cette question soit toujours réglée amialement » ⁽¹⁾. On peut aller plus loin et dire que l'avocat a réellement droit à ses honoraires, qui sont le salaire de son travail. Et si on lui reconnaît le droit d'être payé de sa peine, il faut bien lui donner en même temps la possibilité pratique de mettre ce droit en action. En partant de cette idée, on doit admettre que l'avocat peut, « comme tout créancier qui détient l'objet à raison duquel sa créance existe, retenir jusqu'à complet paiement non seulement des avances qu'il a faites, mais encore des honoraires à lui dus, les pièces qui lui ont été remises par son client ou le dossier qu'il a constitué en vue de la défense des intérêts de celui-ci » ⁽²⁾. Nous ne voyons là, quant à nous, qu'une hypothèse où l'exception de refus de paiement peut être légitimement exercée. Mais nous croyons que M. Labouret va trop loin quand il admet l'avocat à retenir des pièces relatives à des affaires différentes de celle dont les frais et honoraires ne lui sont pas payés, sous prétexte « que le droit de rétention doit exister quand il y a un *debitum* et une *res* à la disposition du créancier » ⁽³⁾.

245. Dépôt. — L'article 1948 dispose : « Le dépositaire peut retenir le dépôt jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû à raison de ce dépôt ». Il peut donc retenir la chose déposée, par application de l'article 1947, jusqu'au paiement

⁽¹⁾ Labouret, *op. cit.*, p. 121.

⁽²⁾ Aix, 14 juin 1905, S., 06. 2. 99. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Mandat*, I, n. 764.

⁽³⁾ Labouret, *op. cit.*, p. 310. — Un certain nombre de législations accordent à l'avocat un droit de rétention (V. sur ce point Labouret, *op. cit.*, p. 326 à 337).

non seulement des dépenses qu'il a faites pour la conservation de cette chose, mais encore de l'indemnité à lui due pour les pertes que le dépôt peut lui avoir occasionnées.

Dans ce cas, il y a à la fois origine commune entre la créance à fin de restitution de la chose déposée et l'action en remboursement, et *debitum cum re junctum*. Si ce cumul de conditions exigées oblige tout le monde à admettre qu'il y ait ici un droit de rétention, le lien de connexité entre la chose et la créance nous semble pour le moins superflu. Nous croyons, en effet, que le domaine de l'exception de refus de paiement est assez large pour comprendre toutes les obligations nées à la charge des parties du contrat de dépôt.

Il faut placer parmi les dépenses de conservation les dépenses d'entretien et permettre au dépositaire de les recouvrer à l'aide de notre exception. Comme il n'a point perçu les fruits de la chose, on ne peut mettre ces dépenses à sa charge, car elles ne sauraient venir en compensation d'une perception qu'il n'a point faite.

Il y a controverse sur le point de savoir s'il y a lieu de récompenser le dépositaire des impenses utiles effectuées pour la conservation de la chose. Laurent ⁽¹⁾ notamment a soutenu la négative, en disant que le dépositaire n'a aucune qualité pour améliorer la chose, son obligation, comme son droit, se bornant à la garder. Le déposant n'a pas donné sa chose en dépôt pour que le dépositaire puisse l'engager dans des dépenses que lui n'aurait pas faites. Avec la majorité de la doctrine ⁽²⁾, nous pensons que le dépositaire a le droit de répéter les impenses utiles qu'il a faites, dans la mesure de la plus-value seulement, alors qu'il peut réclamer l'intégralité des dépenses nécessaires. Dans ces conditions, il nous

⁽¹⁾ Laurent, XXVII, n. 128.

⁽²⁾ Guillouard, *Dépôt*, n. 112; Nicolas, *op. cit.*, n. 201.

semble, on ne peut dire qu'on oblige le déposant à supporter une charge injuste et à laquelle il n'avait pu penser. Cependant, nous croyons qu'on ne pourrait étendre à la créance née à l'occasion de dépenses faites utilement, ou d'un dommage causé par la chose, le privilège qui garantit le recouvrement des frais de conservation (art. 2102-3°).

Nous admettons enfin, avec Guillouard, que l'exception de refus de paiement n'aurait pas lieu de s'appliquer si la créance du dépositaire était née d'une convention étrangère au dépôt.

246. *Commodat.* — L'emprunteur supporte seul les frais faits pour la conservation de la chose et pour son appropriation à l'usage auquel elle est destinée (art. 1880 et 1886). Mais si, pour conserver la chose, cet emprunteur a été obligé de faire quelque dépense extraordinaire, nécessaire et tellement urgente qu'il n'ait pu en prévenir le prêteur, celui-ci sera tenu de la lui rembourser (art. 1890). De même il doit être indemnisé du préjudice à lui causé par les défauts de la chose prêtée si le prêteur, connaissant ces défauts, ne l'en a pas informé (art. 1891).

On s'est demandé si, pour ces deux dernières sortes de créance, le commodataire allait avoir un droit de rétention. La question est fort controversée à cause de la rédaction obscure et ambiguë de l'article 1885.

Les auteurs anciens interprétaient cet article dans le sens de la prohibition absolue du droit de rétention, même pour les créances que l'emprunteur pouvait avoir acquises à l'occasion de l'objet prêté ⁽¹⁾. Mais on a depuis fait remarquer qu'il fallait comprendre la disposition discutée avec l'aide de Pothier, qui déclare que l'emprunteur peut invoquer un

(1) Mourlon, *Exam. crit.*, II, n. 231; Cabrye, *op. cit.*, n. 68.

droit de rétention pour se faire rembourser les impenses ordinaires et extraordinaires nécessaires à la conservation de la chose, « mais qu'il en serait autrement s'il voulait exiger du prêteur ce que celui-ci lui doit pour quelque autre cause que ce soit ». Nous croyons qu'il n'y a pas de bonne raison pour refuser à l'emprunteur l'exercice de l'exception de refus de paiement pour toutes les créances nées à son profit du fait du dépôt, étant donnés les principes généraux que nous avons admis ⁽¹⁾.

247. Gage. — Nous avons déjà fait remarquer que la disposition toute spéciale de l'article 2082 alinéa 2 ne pouvait se classer dans aucune des deux catégories que nous avons distinguées dans le droit de rétention ⁽²⁾. Nous croyons devoir l'étudier cependant à propos de l'exception de refus de paiement, parce qu'elle dépend bien plutôt du domaine des contrats que de celui des actions réelles.

248. Nous laisserons complètement de côté le droit reconnu au gagiste par l'article 2082 alinéa 1 et à l'antichrésiste par l'article 2087 alinéa 1. Ce droit est connu sous le nom de droit de rétention, mais c'est en réalité une garantie conventionnelle, au moyen de laquelle le créancier gagiste ou l'antichrésiste ne peuvent retenir la chose gagée qu'à raison de la dette au paiement de laquelle le gage a été expressément affecté et non en vertu des autres dettes contractées par le débiteur envers lui.

249. A ce principe, l'alinéa 2 de l'article 2082 apporte une dérogation extraordinaire. Un créancier possède un gage pour la garantie d'une créance à terme. Le débiteur de cette première dette en contracte envers le même créancier une

⁽¹⁾ V. Polhier, *Prêt à usage*, n. 43, 44, 82. — Cf. dans notre sens Nicolas, *op. cit.*, n. 232; Guillouard, *Prêt*, n. 52; Planiol, II, n. 2059 et 2521-10°.

⁽²⁾ V. *supra*, n. 8 en note.

seconde postérieurement à la mise en gage, exigible au plus tard à la même époque que la première. Quand bien même la deuxième dette n'aurait pas été stipulée garantie par le gage, la loi décide que le créancier ne pourra être tenu de se dessaisir avant d'être entièrement payé de l'une et l'autre dette. Ceux qui croient trouver à la base du droit de rétention un *debitum cum re junctum* sont obligés d'avouer que cette condition fait ici défaut. Nous-même avons reconnu qu'on ne peut dire d'autre part que la disposition de l'article 2082 alinéa 2 constitue un cas d'application de l'exception de refus de paiement.

Cette disposition ne peut s'expliquer que comme une extension de la convention faite par le législateur sous l'influence de la tradition, extension fondée sur la volonté présumée des parties. En se reportant aux travaux préparatoires, on voit que telle était bien d'ailleurs l'idée des rédacteurs du code civil. Les paroles de Berlier en font foi : « Sans doute, dit-il, il ne faut pas arbitrairement ajouter aux contrats; mais la circonspection dont le législateur doit user en pareille matière n'est point blessée lorsque la règle qu'il trace n'est que le complément naturel des conventions, et n'a pour objet que de faire observer ce que les parties ont vraisemblablement voulu elles-mêmes dans la circonstance sur laquelle le législateur statue » (1).

On reconnaît en général qu'il faut trois conditions pour que l'article 2082 alinéa 2 s'applique : 1° Il faut que la deuxième dette soit contractée après la mise en gage. La solution romaine était en sens contraire (l. un., C., VIII, 27). Mais chez nous un créancier ne pourrait invoquer l'article 2082 pour obtenir le paiement de dettes contractées antérieure-

(1) Loaré, XVI, p. 28.

ment. La solution française est évidemment plus rationnelle. Lors de la naissance de la première dette, le créancier avait en effet suivi entièrement la foi de son débiteur. A moins de stipulation expresse, on ne peut admettre que la constitution du gage, consentie dans la suite, puisse avoir effet rétroactif. 2° Il faut que la deuxième dette ait été contractée par le même débiteur envers le même créancier parce que la présomption légale de consentement de la part du débiteur à ce que la nouvelle obligation soit garantie par la chose primitivement engagée ne saurait s'appliquer au cas où celui qui contracte la deuxième dette serait autre que celui qui a contracté la première. C'est ainsi que dans l'hypothèse où un tiers a fourni le gage, s'il n'intervient pas au deuxième contrat, la sûreté donnée par lui ne pourra garantir la deuxième obligation en vertu de l'article 2082 alinéa 2. 3° Il faut enfin que la nouvelle dette soit devenue exigible avant le paiement de la première, ce qui ne soulève aucune difficulté si la seconde dette devient exigible avant que la première ne le soit elle-même, ou en même temps que celle-ci, ce qui ne peut faire doute non plus à notre sens quand c'est avant le paiement, mais après l'époque d'exigibilité de la première dette que la seconde devient exigible.

Dans tous ces cas, le créancier peut invoquer le bénéfice de l'article 2082, al. 2. D'après les paroles mêmes prononcées au Tribunal ⁽¹⁾, cette disposition est basée non seulement sur l'intention présumée des parties, mais encore sur l'équité et les considérations d'équité « militent en faveur du créancier dans tous les cas » ⁽²⁾.

250. La question s'est posée de savoir si le droit consacré

⁽¹⁾ Fenet, XV, p. 216.

⁽²⁾ Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n. 108, p. 113. — Cf. Guillouard, *Nant.*, n. 156.

au profit du créancier par l'article 2082, al. 2 du code civil était un simple droit de rétention, ou si, en vertu de cette disposition, le créancier gagiste jouissait d'un privilège sur la chose donnée en gage. Nous ne l'examinons pas parce qu'elle nous paraît étrangère à notre sujet. Nous signalons seulement que la majorité des auteurs n'accordent au gagiste qu'un simple droit de rétention ⁽¹⁾.

SECTION III

ANNULATION. RÉOLUTION.

251. Le principe de l'exécution trait pour trait s'applique aux restitutions réciproques que doivent se faire les parties quand une convention intervenue entre eux vient à être annulée ou résolue. La loi a prévu elle-même un cas de résolution d'une convention pour lui appliquer le principe de l'exécution simultanée.

252. L'article 1673 C. civ. vise l'hypothèse de vente à réméré. Quand le vendeur veut exercer le rachat, il doit rembourser à l'acheteur le prix fixé lors de la conclusion du contrat, les frais et loyaux coûts de la vente, le montant des réparations nécessaires, et la plus-value produite par les dépenses utiles.

Le vendeur est d'abord obligé de restituer le prix de la vente. La loi ne parlant pas des intérêts de ce prix, le vendeur n'en est pas tenu, car ils se compensent avec les fruits de la chose que l'acheteur peut conserver ⁽²⁾.

La vente étant résolue, il n'y a plus aucune raison pour mettre à la charge de l'acheteur les frais occasionnés par le

⁽¹⁾ Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n. 110.

⁽²⁾ Troplong, *Vente*, II, n. 735; Aubry et Rau, § 357, texte et note 15, 4^e édit., IV, p. 410, 5^e édit., V, p. 168.

contrat. Aussi le code décide-t-il que l'acheteur doit en être remboursé.

Enfin le vendeur doit restituer intégralement à l'acheteur le montant des impenses nécessaires faites par ce dernier sur la chose vendue. Quant aux dépenses utiles, le vendeur n'est tenu qu'au remboursement de la plus-value procurée à la chose. Pour les dépenses voluptuaires, on interprète le silence de la loi en disant que, conformément au droit commun, l'acheteur n'a que le *jus tollendi*. L'acheteur n'a pas droit également au remboursement des dépenses d'entretien qui sont une charge de sa jouissance ⁽¹⁾.

On dit généralement que l'acheteur jouit d'un droit de rétention qui lui assure le paiement de tout ce qui lui est dû par le vendeur ⁽²⁾. Nous pensons que ce bénéfice n'est autre que l'exception de refus de paiement qui fonctionne dans des conditions normales et en vue d'assurer l'exécution simultanée des obligations dérivant pour les deux parties de la résolution de la vente ⁽³⁾.

253. Ce que nous venons de dire de la vente à réméré peut être étendu à toutes les hypothèses de vente où l'acheteur est obligé, à cause de la réalisation d'une condition résolutoire, de restituer la chose vendue au vendeur qui doit de son côté lui rendre le prix versé.

Le tribunal de Saint-Denis de la Réunion a jugé en ce sens « qu'un droit de rétention peut être accordé par jugement à l'acheteur dont la vente est résolue jusqu'au remboursement du prix qu'il a payé » ⁽⁴⁾. Nous approuverions complètement cette décision si elle ne semblait pas considérer comme une

⁽¹⁾ Baudry-Lacantinerie et Saignat, n. 648.

⁽²⁾ Laurent, XXIV, n. 406 ; Baudry-Lacantinerie et Saignat, n. 649.

⁽³⁾ Planiol, II, n. 1580, p. 522, n. 2521-6°, p. 798.

⁽⁴⁾ Saint-Denis de la Réunion, 22 mars 1866, sous Cass., D., 76. 1. 121.

sorte de faveur qui peut être arbitrairement accordée ou refusée ce que nous croyons être un droit absolu pour les parties en cause.

254. Quelques auteurs signalent encore comme un cas d'application du droit de rétention l'hypothèse de l'article 2280 ⁽¹⁾. De la combinaison de l'article 2279 avec l'article 1141, il résulte que la possession de bonne foi d'un objet mobilier permet au possesseur de garder cet objet même à l'encontre de la revendication du véritable propriétaire, sauf au cas de perte ou de vol, où le propriétaire originaire a une action, prescrite au bout de trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, pour revendiquer la chose entre les mains du possesseur actuel. Mais si ce dernier a acheté la chose dans une foire ou un marché, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, il peut refuser de la rendre au propriétaire originaire tant que celui-ci ne lui a pas remboursé le prix qu'elle a coûté (art. 2280).

Guillouard pense que le législateur, en écrivant l'article 2280, a prévu un cas d'application du droit de rétention, car si la connexité entre la créance du rétenteur et la chose retenue est, en l'espèce, d'une nature particulière, elle n'en est pas moins certaine. « L'obligation pour l'acquéreur de restituer l'objet par lui acheté est née en même temps et à raison du même fait que l'obligation du propriétaire originaire de rembourser le prix ».

Nous nous permettons de douter de la valeur de cette assertion. Le fait d'où dérive l'obligation de restituer est bien le vol ou la perte de la chose, mais l'obligation de payer le prix résulte certainement du fait, par le possesseur actuel,

⁽¹⁾ Pont, *Petits contrats*, II, n. 1307; Nicolas, *op. cit.*, n. 205; Olier, *op. cit.*, p. 136; Guillouard, *Rét.*, n. 68.

d'avoir acheté la chose dans les conditions prévues par l'article 2280. Ces deux faits sont différents et séparables ; ils ne peuvent engendrer une connexité des obligations réciproques au sens où l'entend Guillouard. A moins que cet auteur n'ait voulu dire que le vol ou la perte de la chose constituent le fait initial qui a donné lieu à l'application de l'article 2280. Mais il nous semble que ce fait ne peut unir les deux obligations qui se font face au point de justifier l'existence en l'espèce d'un droit de rétention.

Pont donne peut-être, sur le terrain du *debitum cum re junc-tum*, un fondement un peu plus sûr que Guillouard à ce prétendu droit de rétention lorsqu'il dit qu' « on ne peut contester la connexité entre la créance et la dette retenue, puisque la créance est précisément la somme déboursée en paiement de la chose ». Mais ce lien nous semble encore bien subtil et ténu.

Et pourtant, il paraît bien que, dans l'article 2280, le législateur a prévu une hypothèse où le droit de rétention peut être admis. En effet, si dans cet article le mot retenir n'est pas prononcé, on y lit cependant que le propriétaire originaire ne peut se faire restituer la chose qu'en en remboursant le prix au possesseur. Les deux obligations doivent s'exécuter trait pour trait.

Aussi M. Raynaud y a-t-il vu un cas d'application de l'exception de refus de paiement à propos de la résolution d'une convention. En règle générale, le possesseur n'a droit à aucune indemnité. La loi, dans l'article 2280, a dérogé exceptionnellement à ce principe. « Qu'est-ce à dire sinon qu'à raison des circonstances dans lesquelles il est intervenu, le contrat de vente est cette fois opposable à l'ancien propriétaire de la chose, et qu'on ne lui accorde plus, en considération du vol ou de la perte dont il a été victime, que le droit

de considérer la vente comme résolue ⁽¹⁾ » ? Du fait que la vente est résolue, il acquiert le droit de répéter la chose, puisque le précédent détenteur n'avait à son égard aucun droit sur elle, mais du fait qu'elle lui est opposable, il est obligé d'en restituer le prix, comme si la résolution était intervenue entre les deux parties par qui la vente avait été conclue.

M. Raynaud constate bien le mécanisme de la disposition légale, mais il n'explique pas comment on peut rattacher celle-ci au principe du droit de rétention tel qu'il l'a lui-même compris. Il a été séduit par cette circonstance que, de par la volonté du législateur, l'exécution des obligations réciproques doit être simultanément effectuée. Mais au fond, aucun lien juridique, ni contractuel, ni quasi-contractuel, n'existe entre le prétendu rétenteur et le propriétaire; il n'y a pas non plus connexité entre la créance de ce rétenteur et la chose détenue. L'article 2280 s'explique par cette raison fort simple qu'il faut garantir la sécurité des relations commerciales. L'intérêt du commerce exige que celui qui achète dans des conditions telles qu'il ne puisse soupçonner, au moment de son achat, le vice qui infecte la chose, soit assuré de ne rien perdre par suite de la revendication. Il en serait tout autrement si on le laissait subir le risque de l'insolvabilité de son auteur. En somme, la disposition de l'article 2280 est une solution empirique, inspirée par la tradition ⁽²⁾, et qui n'a rien à voir, au fond, avec les principes du droit de rétention.

(1) Raynaud, *Th.*, p. 104.

(2) Beaumanoir, *Cout. de Beauvoisis*, II, chap. XXV, n. 22, p. 368 (édit. Beugnot, Paris, 1842); Denisart, *Coll. de jur.*, v^o *Vol.*, n. 17, p. 875.

CHAPITRE IV

L'EXCEPTIO NON RITE ADIMPLETI CONTRACTUS EN DROIT FRANÇAIS. CAS D'APPLICATION

255. Nous savons qu'on appelle ordinairement *Exceptio non rite adimpleti contractus* (et nous adoptons cette terminologie avec toutes les réserves que nous avons indiquées), le moyen de défense que le défendeur invoque en se basant sur des faits de nature à faire considérer le paiement apparent comme non valable ou tout au moins incomplet.

256. Les jurisconsultes français ne se sont, pour ainsi dire, pas occupés de la question et ils en ont à peine soupçonné toute la difficulté. D'ailleurs, en France, les habitudes sont telles qu'on pense plutôt à obtenir la résolution du contrat que son exécution. Au lieu de refuser le paiement, mais simplement pour forcer le débiteur à faire disparaître le vice dont il se plaint, quand, bien entendu, cette disparition est possible, on préfère, en général, en matière commerciale, pratiquer le « laisser pour compte », ce qui constitue également une façon de refuser le paiement, mais aussi de résoudre le contrat de façon définitive ⁽¹⁾.

257. Le Code civil cependant a prévu expressément, dans l'article 1653, une hypothèse où fonctionne l'*Exceptio non rite adimpleti contractus*. On signale assez rarement dans la

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, III, n. 31 bis.

doctrine cette disposition comme constituant une application du droit de rétention ⁽¹⁾. Elle rentre pourtant au premier chef dans le domaine de l'exception de refus de paiement.

Aux termes de l'article 1625 le vendeur doit procurer à l'acheteur la possession paisible et durable de la chose vendue ; du moment que ce dernier est troublé dans sa possession, c'est que le premier n'a pas rempli son obligation. Aussi l'acheteur peut-il retenir son prix tant que le vendeur n'a pas fait cesser le trouble.

Le Code permet à l'acheteur de repousser par l'*Exceptio non rite adimpleti contractus* la demande de son co-contratant non seulement quand il est effectivement troublé dans sa possession, mais même quand il a simplement de justes craintes de l'être. Pothier ⁽²⁾ n'allait pas jusque-là, mais le Code a emprunté sa disposition à Domat, qui écrivait : « Si l'acheteur découvre avant le paiement qu'il soit en péril d'éviction, et s'il le fait voir, il ne pourra être obligé de payer le prix qu'après qu'il aura été pourvu à sa sûreté » ⁽³⁾.

Sans doute cette crainte d'éviction doit être légitime, c'est-à-dire inspirée par la certitude de la part de l'acheteur que des tiers seront recevables à troubler juridiquement sa possession. Par exemple, étant donné que, « tant que les bordereaux délivrés contre un adjudicataire n'ont pas été payés, la folle enchère est possible, les acquéreurs de l'adjudicataire qui n'a pas désintéressé tous les créanciers colloqués ayant une crainte légitime de trouble, peuvent, malgré la purge, se refuser à payer leur prix aux mains de l'adjudicataire » ⁽⁴⁾. C'est ainsi encore que l'acquéreur, qui a un juste sujet de

⁽¹⁾ V. cep. Planiol, II, n. 1528.

⁽²⁾ Pothier, *Vente*, n. 281.

⁽³⁾ Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. II, sect. 3, n. 11 ; I, p. 31.

⁽⁴⁾ Cass., 18 juin 1888, D., 90. 1. 83.

craindre une éviction par l'effet d'une inscription qui grève l'immeuble, peut suspendre le paiement de son prix s'il n'y a stipulation contraire. Il ne saurait être contraint à payer ce prix sous le prétexte de la nullité de l'inscription dont il n'a pas à apprécier le mérite ⁽¹⁾. La question de savoir si cette crainte est légitime est d'ailleurs une question de fait dont la solution dépendra de l'appréciation souveraine des juges du fond ⁽²⁾.

Pour que le vendeur puisse obtenir le paiement du prix il ne faut pas nécessairement qu'il fasse cesser le trouble ; il peut également, aux termes de l'article 1653, obtenir ce paiement en garantissant la restitution du prix à l'acheteur, le cas échéant, par le moyen d'une caution. D'ailleurs il ressort du même article que ses dispositions ne s'appliqueront qu'autant qu'il n'y aura pas été dérogé conventionnellement par les parties. Le prix devrait donc être payé, quelque menaçant que soit le trouble, si la vente avait été faite aux risques et périls de l'acheteur, ou s'il avait été stipulé que, nonobstant le trouble, l'acheteur paierait.

Le simple danger d'éviction permet bien à l'acheteur de refuser momentanément le paiement de son prix, mais quand il l'a payé il ne peut plus en réclamer la restitution. Il pourra cependant le répéter, s'il vient à être évincé, mais il faudra qu'il mette en œuvre les ressources que lui offre la garantie (art. 1630 et suiv.). Pothier le disait déjà : « L'acheteur peut bien se défendre de payer lorsqu'il est troublé, mais, s'il a payé avant le trouble, il ne peut demander ni la restitution du prix ni caution pendant le procès ». Et c'est la solution aujourd'hui adoptée ⁽³⁾ ; on ne distingue pas en général si

⁽¹⁾ Cass., 19 mars 1884, D., 85, 1. 211.

⁽²⁾ Cass., 21 décembre 1886, S., 87. 1. 215.

⁽³⁾ Pothier, *Vente*, n. 283 ; Aubry et Rau, § 356, IV (4^e édit.), p. 397, V (5^e édit.),

l'acheteur a payé le prix directement au vendeur, ou si ce prix a été laissé en dépôt au notaire pendant l'accomplissement des formalités hypothécaires, et on n'admet pas que cet acheteur puisse retirer le prix qu'il aurait consigné conformément aux articles 2186 du code civil et 770 du code de procédure ⁽¹⁾.

Le droit qui appartient à l'acheteur de refuser le versement de son prix, quand il est troublé ou quand il a de justes craintes de l'être, est opposable non seulement à son vendeur primitif mais aussi à tous cessionnaires du prix de vente. Ces derniers, en effet, ne peuvent avoir plus de droits que leur auteur, et il n'y a pas à distinguer, pour appliquer cette solution, si l'acheteur a accepté la cession, ou si elle lui a été simplement notifiée ⁽²⁾.

Il est certain que dans l'hypothèse prévue par l'art. 1653, la preuve qu'il y a éviction ou menaces d'éviction suffisantes pour justifier le refus de paiement est à la charge de l'acheteur. Tout le monde est d'accord sur ce point, quelque tendance que l'on ait à admettre ou non notre exception de refus de paiement à l'état généralisé. Tout concorde donc pour faire croire que la disposition de l'article 1653 constitue un cas d'application de l'exception de refus de paiement avec l'inversion de preuve qui caractérise l'*Exceptio non rite adimpleti contractus*.

p. 148 ; Baudry-Lacantinerie et Saignat, n. 509 ; Planiol, II, n. 1530. — Dijon, 15 février 1878, D., 78. 2. 147, S., 79. 2. 4.

⁽¹⁾ Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 398 et p. 148 ; Guillouard, *Vente*, II, n. 558. — Bordeaux, 28 mars 1862, S., 63. 2. 43, D., 63. 5. 397 ; Laurent (XXIV, n. 331) accorde cependant la répétition si, dans l'intention des parties contractantes, le prix avait seulement été déposé chez le notaire avec cette condition qu'il ne serait censé payé que si le certificat du conservateur prouvait qu'il n'existait pas d'inscription hypothécaire.

⁽²⁾ Guillouard, *Vente*, II, n. 555 ; Baudry-Lacantinerie et Saignat, n. 507.

258. Nous avons réservé jusqu'ici l'examen de l'article 1704 C. civ. relatif à l'échange, parce qu'il nous a semblé qu'on pouvait le rapprocher de l'article 1653. Ce n'est cependant pas l'opinion de M. Saignat, qui pense que cet article 1704 vise un cas analogue à ceux que prévoient les articles 1612 et 1613 ⁽¹⁾. La disposition en litige est ainsi conçue : « Si l'un des co-permutants a déjà reçu la chose à lui donnée en échange et qu'il prouve ensuite que l'autre contractant n'est pas propriétaire de cette chose, il ne peut pas être forcé à livrer celle qu'il a promise en contre-échange, mais seulement à rendre celle qu'il a reçue ». Malgré l'autorité de M. Saignat, il nous semble que l'article 1704 ne prévoit pas, au contraire des articles 1612 et 1613, une hypothèse où fonctionne l'*Exceptio non adimpleti contractus* au sens étroit du mot, puisqu'il impose au défendeur la charge de prouver que l'autre partie n'est pas propriétaire. Il y a plutôt, en l'espèce, paiement apparent; la livraison étant effectuée laisse supposer que le paiement a été régulier, absolument comme dans l'hypothèse de l'art. 1653. Dès lors si le défendeur prétend que l'exécution n'a pu avoir lieu parce que le demandeur n'était pas propriétaire, il doit le prouver et détruire ainsi la présomption qu'on lui oppose : en l'obligeant à ce faire, l'art. 1704 nous paraît bien consacrer la théorie du paiement apparent.

Mais supposons que l'autre contractant se contente d'offrir l'immeuble qu'il doit pour forcer le défendeur à faire de son côté délivrance, ce défendeur pourrait refuser d'exécuter tant que le demandeur n'aurait pas prouvé qu'il est bien propriétaire de l'immeuble qu'il offre. La vente, en France, est translatrice de propriété, et le demandeur doit, tant qu'il n'y a pas eu livraison, prouver, quand on lui oppose l'*Exceptio non*

(1) Baudry-Lacantinerie et Saignat, n. 978.

adimpleti contractus, qu'il peut de son côté intégralement exécuter.

On peut d'ailleurs expliquer tout autrement la disposition de l'article 1704 et la considérer comme une conséquence de l'article 1599. Dans ces conditions, on comprend facilement que la preuve soit mise à la charge du défendeur : il veut faire annuler le contrat, il doit donc prouver le défaut de propriété du demandeur pour arriver à ses fins. Et dans l'hypothèse prévue par le législateur, il faudra que celui à qui la délivrance a été faite restitue la chose délivrée pour que les parties se retrouvent dans le même état que si elles n'avaient pas contracté ⁽¹⁾.

259. Bien que le législateur de 1804 ait ainsi lui-même implicitement affirmé, à notre sens du moins, l'existence, dans notre droit, de l'*Exceptio non rite adimpleti contractus*, il semble cependant que, parmi les interprètes du Code, quelques-uns se rattachent à ce que nous avons appelé dans notre titre premier « la théorie de la prohibition », c'est-à-dire celle qui dénie absolument l'existence d'une exception de refus de paiement pour vices d'exécution.

Ce n'est peut-être pas absolument sûr en ce qui concerne Troplong, mais c'est certain pour ce qui est de Laurent.

Troplong pose d'abord le principe que, tant que le vendeur qui demande le prix n'offre pas la chose vendue, il est non recevable. Même lorsqu'il a livré cette chose, dit-il, il y a quelques cas où l'acheteur est en droit de différer le paiement ⁽²⁾. Il signale d'abord l'hypothèse où cet acheteur aurait le droit de résolution. « Mais il est si clair que lorsque l'acheteur est sur le point de faire résilier la vente, il n'a pas de prix à payer, que le Code a pu omettre d'envisager ce

(1) Baudry-Lacantinerie et Saignat, n. 978 ; Planiol, II, n. 1660.

(2) Troplong, *Vente*, II, n. 593, p. 63.

point ». Dans ce cas l'*Exceptio non rite adimpleti contractus* ne peut fonctionner : nous rentrons au contraire dans la pratique du « laisser pour compte », qui tend, nous le savons, à la résolution de la vente et non au maintien du contrat. Troplong aborde ensuite l'examen de l'article 1653, ce qui semble bien démontrer qu'il limite à un cas strictement prévu par le législateur le droit pour le débiteur de refuser le paiement après avoir reçu la livraison de la contre-prestation.

Laurent, logique avec sa méthode d'interprétation restrictive, s'exprime dans des termes absolument catégoriques à propos de la garantie des vices rédhibitoires. « L'acheteur ne peut-il pas, au lieu d'une réduction de prix, demander que le vendeur soit tenu de réparer les défauts et les malfaçons ?... Cela nous paraît douteux. En principe, l'acheteur n'a aucune action contre le vendeur à raison des défauts de la chose, sauf quand ces défauts consistent dans des vices rédhibitoires, et la loi détermine quels sont les effets de ces vices ; l'acheteur n'a donc pas d'autres droits que ceux que la loi lui reconnaît, et la loi ne lui donne pas le droit d'exiger des réparations » ⁽¹⁾.

Nous avons déjà eu l'occasion de critiquer cette solution ⁽²⁾ qui est aujourd'hui généralement repoussée.

Le législateur en effet n'a pas entendu enlever à l'acheteur le bénéfice du droit commun. Or, en droit commun, le vendeur est tenu d'assurer à l'acheteur la libre jouissance de la chose vendue, et, s'il est nécessaire dans ce but d'y faire des réparations, il est tenu d'y procéder, et l'acheteur tire du contrat le droit de l'y contraindre au moyen de l'*Exceptio non rite adimpleti contractus*. Il n'était donc pas besoin d'une disposition légale pour autoriser l'acheteur à exercer sous cette

⁽¹⁾ Laurent, XXIV, n. 291.

⁽²⁾ V. *supra*, n. 84 et suiv.

forme l'action du contrat, et on ne peut rien induire du silence de la loi à cet égard ⁽¹⁾.

M. Saignat ⁽²⁾, tout en admettant le principe, y apporte une restriction. D'après lui l'acheteur n'aurait le droit d'exiger la réparation qu'autant qu'elle est possible, et il faudrait la considérer comme impossible si elle devait occasionner des frais qui ne seraient pas en proportion avec la valeur de la chose. Ce tempérament est évidemment équitable, mais nous craignons fort qu'il ne donne prise à l'appréciation arbitraire des tribunaux.

260. La jurisprudence s'est rarement prononcée de façon expresse sur la question. Dans plusieurs arrêts cependant, elle semble bien admettre le droit pour l'acheteur d'exercer l'exception de refus de paiement pour vice d'exécution.

L'un de ces arrêts vise le cas de livraison d'un corps certain, et il a été jugé que le droit de demander, pour le cas de défauts cachés de la chose vendue, soit la résolution de la vente, soit une réduction de prix, n'exclut pas pour l'acheteur, notamment en matière de vente d'immeubles, la faculté de conserver la chose et d'actionner le vendeur en réparation des défauts et des malfaçons qu'il a fait constater (Paris, 1^{er} décembre 1860).

D'un autre côté, en matière de dettes de genre, si l'objet peut être promptement remplacé, quand le vice est irréparable, l'acheteur pourra exiger ce remplacement soit par le vendeur, soit aux frais de celui-ci, alors surtout qu'il a intérêt à ce que le marché soit exécuté ⁽³⁾.

261. MM. Delamarre et Le Poitevin écrivent, dans le sens de ce dernier arrêt, que l'action de l'acheteur se modifie en

⁽¹⁾ Guillouard, *Vente*, I, n. 457 ; Huc, X, n. 451.

⁽²⁾ Baudry-Lacanalinerie et Saignat, n. 434.

⁽³⁾ V. ces deux arrêts dans D., *Rép. alph.*, *vo Vices rédhibitoires*, n. 145.

certaines circonstances et dégénère en une action intermédiaire entre l'estimatoire et la rédhibitoire : c'est lorsque le vice qui infecte la chose est de nature à être réparé efficacement et promptement. Et généralisant leur pensée, ils ajoutent : « que lorsque le vendeur est de bonne foi et qu'un léger retard n'offre pas d'inconvénients graves, il n'est guère de ventes commerciales auxquelles ce principe ne puisse être appliqué par un juge expérimenté et sage appréciateur des circonstances » ⁽¹⁾.

262. Nous trouvons un exemple de cette initiative des magistrats dans un arrêt d'Amiens du 5 juin 1875 ⁽²⁾. Les juges saisis de l'action rédhibitoire se sont bornés à ordonner le remplacement des pièces défectueuses aux frais des constructeurs. On trouve d'ailleurs dans la pratique des exemples de clauses insérées dans les marchés passés par certaines entreprises métallurgiques, d'après lesquelles la garantie se bornerait à l'obligation par le constructeur « de fournir à nouveau, gratuitement, les objets et les pièces dans lesquels pendant le délai stipulé il se manifesterait des défauts de construction ou de matière, sans qu'il puisse être question de dommages-intérêts » ⁽³⁾.

263. Ainsi, on le voit, la tendance est à admettre le droit à réparation matérielle. La doctrine, la jurisprudence et la pratique cherchent à éviter autant que possible, par voie d'autorité ou au moyen de clauses expresses, l'exercice par l'acheteur de l'action rédhibitoire ou de l'action en réduction de prix. Quand l'acheteur opte pour la première de ces actions, les marchandises à lui expédiées reviennent au vendeur grevées des frais de transport d'aller et retour, ce qui

⁽¹⁾ Delamarre, et Le Poitevin, *Tr. th. et prat. de dr. com.*, V, n. 205.

⁽²⁾ Rapporté en note sous Montpellier, 20 août 1875, S., 76. 2. 225, et note Bourguignat.

⁽³⁾ Bourguignat, note précitée dans S., 76. 2. 227, col. 2.

constitue un gros inconvénient au point de vue pratique, à tel point que les usages commerciaux de quelques places de commerce excluent l'action rédhibitoire pour certaines marchandises. Il en est ainsi notamment à Marseille pour les blés, au Havre dans toutes les ventes par navire désigné ⁽¹⁾. De son côté l'action en réduction de prix présente elle aussi des inconvénients. D'une part, en effet, le calcul de la dépréciation subie par la marchandise est chose délicate, et l'action permet, d'autre part, à des acheteurs peu consciencieux, d'obtenir parfois presque pour rien une marchandise qu'ils trouvent malgré tout encore bonne à garder ⁽²⁾.

Aussi serait-il souhaitable que, dans la pratique, on employât davantage l'exception de refus de paiement. Celle-ci se borne, en effet, au maintien pur et simple des clauses du contrat; et grâce à la théorie du paiement apparent on peut l'empêcher de devenir un instrument de chicane aux mains d'un débiteur insolvable ou récalcitrant.

264. S'il y avait dans la doctrine et la jurisprudence une tendance marquée à admettre l'exception de refus de paiement même après la livraison effectuée, personne ne s'était jamais expliqué sur la question de la preuve avant que M. Saleilles ne fît connaître en France les études et les théories allemandes sur l'*Exceptio non adimpleti contractus*. Sans doute, il est à supposer que personne, au point de vue pratique, ne proposerait de mettre à la charge du demandeur la preuve de l'inexistence du vice allégué par le défendeur pour refuser le paiement de son prix après la livraison effectuée. D'ailleurs, dans l'article 1653, le Code, œuvre de praticiens, impose la charge de la preuve au défendeur qui, pour

(1) Lyon-Caen et Renault, III, n. 115.

(2) Saleilles, *Oblig.*, n. 236.

ne pas exécuter, se plaint, par exemple, de menaces d'éviction.

Mais la question difficile est justement, non point de constater que cette interversion de preuve doit avoir lieu, mais de lui donner une base juridique et de trouver un criterium propre à distinguer les hypothèses où la preuve incombera au demandeur de celles où elle sera à la charge du défendeur.

265. Dans l'étude qu'il consacre à l'exception de refus de paiement et que nous avons particulièrement suivie, M. Saleilles rappelle à propos du droit français les différentes théories qui, en Allemagne, ont été émises pour admettre ou rejeter l'*Exceptio non rite adimpleti contractus*. Le législateur français ayant presque complètement méconnu l'exception de refus de paiement au cas de vices d'exécution survenant après la livraison effectuée, puisqu'il ne prévoit accidentellement qu'une hypothèse de ce genre dans l'article 1653, cette exception n'ayant, d'autre part, pour ainsi dire jamais attiré l'attention des jurisconsultes de notre pays, il fallait bien rechercher quel était l'état de la question à l'étranger, et voir si les solutions admises ailleurs pouvaient être adoptées en France.

Or, M. Saleilles s'attache à montrer que, pas plus qu'en Allemagne et pour les mêmes raisons, on ne peut méconnaître en France l'*Exceptio non rite adimpleti contractus* et il répudie par là ce qu'il a appelé la « théorie de la prohibition ». D'autre part, il fait remarquer que la notion d'acceptation (admise par Windscheid et par l'article 363 du code civil allemand pour imposer au défendeur, après la livraison effectuée, la preuve de l'existence des vices qu'il invoque pour ne pas exécuter) prête à des difficultés considérables d'appréciation dont le risque sera toujours couru par le demandeur, car si ce dernier ne peut pas établir que le défendeur a reçu la

prestation comme un paiement valable, il devra prouver directement que le paiement qu'il a effectué était régulier et conforme au contrat ⁽¹⁾.

266. Aussi croyons-nous, avec M. Saleilles, que la théorie du paiement apparent peut seule donner satisfaction, dans la mesure du possible, aux besoins de la vie courante.

Le but qu'il faut en somme atteindre, c'est faciliter le plus possible la preuve de l'existence d'une qualité ou de l'absence d'un vice qui peut être imposée au demandeur, une fois qu'il a livré sa prestation.

Or, dans la théorie du paiement apparent, si, une fois la livraison effectuée, le demandeur doit encore établir soit l'existence des qualités qui, en matière de dettes de genre, font que la chose qu'il a livrée correspond à l'objet du contrat, soit la présence des qualités, qui, en matière de dettes de corps certain, sont censées avoir été garanties par lui expressément ou tacitement, cette preuve du moins lui sera facile parce qu'il lui suffira de prouver la réunion des conditions extérieures et apparentes qui, d'après les usages de la vie courante, coïncident normalement avec la réalité du fait à établir.

267. La théorie du paiement apparent peut d'ailleurs trouver un appui dans l'article 1653 du code civil. Si, d'après cette disposition, le refus de paiement est permis au cas de menaces d'éviction, c'est parce qu'il forme le droit commun en cas d'éviction. Or l'éviction constitue un cas d'inexécution totale ⁽²⁾ et cependant on impose généralement la preuve de

⁽¹⁾ Nous ne revenons pas sur toutes ces théories que nous avons longuement exposées et discutées dans notre titre premier. Si on les proposait en France, nous croyons que les arguments avec lesquels on les a combattues en Allemagne suffiraient à les faire exclure dans notre pays.

⁽²⁾ La preuve en est que, quand l'acheteur est évincé, les articles 1630 et 1631 obligent le vendeur à lui restituer l'intégralité du prix bien que la chose ait dimi-

l'éviction à l'acheteur, défendeur par hypothèse. C'est un cas d'inexécution pour lequel l'exception de refus de paiement est admise, mais avec preuve à la charge du défendeur.

Cela s'explique si l'on remarque que la tradition ayant eu lieu, le paiement s'est ainsi trouvé régulièrement réalisé, tout au moins à l'apparence. Dans la vie pratique, l'immense majorité des vendeurs sont en état de procurer et procurent réellement une possession paisible à leur acheteur. Si, malgré ces apparences de régularité, le paiement doit être effectivement considéré comme non valable parce qu'en fait l'éviction est survenue, c'est à l'acheteur à établir l'existence du fait qui vient détruire ces apparences, et à renverser ainsi la présomption de paiement qu'on lui oppose.

nué de valeur depuis la vente. C'est donc qu'on considère que le vendeur n'a pas du tout exécuté son obligation, quoiqu'il ait livré la chose vendue, et que, par conséquent, l'acheteur doit être mis dans la même situation que s'il n'avait pas non plus exécuté.

DEUXIÈME PARTIE

Le droit de rétention en matière réelle.

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS SUR LE DROIT DE RÉTENTION EN DROIT ALLEMAND ET EN DROIT FRANÇAIS

268. Nous nous proposons d'étudier, dans cette deuxième partie, ce que nous avons appelé le droit de rétention proprement dit, c'est-à-dire le droit accordé, au cas d'action réelle, au détenteur de la chose réclamée qui a fait sur cette chose des impenses au remboursement desquelles il a droit.

269. Le code civil français n'a pas ici, plus qu'en matière contractuelle, posé de principe général. Il s'est contenté, dans deux hypothèses particulières, les articles 570 et 867, de reconnaître, à qui était obligé de restituer, un droit de rétention. C'est donc dans les législations étrangères que nous devons rechercher d'abord quels sont les principes qui régissent ce droit de rétention, quitte à examiner ensuite si ces principes peuvent être admis et appliqués sans inconvénient dans notre pays.

Or, parmi les législations étrangères, le code civil allemand

a seul distingué les deux hypothèses fondamentales de rétention. Lui seul également a nettement formulé la règle générale qui permet de reconnaître en quels cas le défendeur à une action réelle peut invoquer le droit de rétention ⁽¹⁾.

§ I.

270. L'article 273 du code civil allemand, après avoir prévu dans son 1^{er} alinéa l'exception de refus de paiement, déclare, dans son 2^e alinéa, que le droit de rétention existe si celui qui est obligé de restituer un objet peut faire valoir une créance exigible à raison de dépenses faites à l'occasion de cet objet ou d'un dommage que ce dernier lui a causé.

271. Les commentateurs allemands font remarquer que certaines hypothèses qui tombent sous l'alinéa 2 de l'article 273 sont déjà comprises dans la première disposition de cet article. Ils citent comme exemple le prêt à usage et le dépôt. C'est que dans ces contrats il y a connexité entre l'obligation de restituer et celle d'indemniser, non seulement parce que l'une et l'autre sont nées à l'occasion du même objet, mais encore parce qu'elles dérivent d'un même rapport contractuel ⁽²⁾.

(1) Le code fédéral suisse pose bien le principe de la connexité. Mais il s'occupe surtout du droit de rétention en matière réelle sans donner cependant à cet égard de règle générale. Il se préoccupe surtout de différencier le droit de rétention qui fonctionne en matière civile de celui qui est admis entre commerçants (V. not. art. 224).

Le code japonais ne s'occupe également de façon particulière que du droit de rétention en matière réelle. L'article 295 présente une rédaction très analogue à celle de l'article 273 alinéa 2 du code allemand. « Lorsque le possesseur d'une chose appartenant à autrui est titulaire d'une créance née à l'occasion de cette chose, il peut retenir la chose jusqu'à ce qu'il ait été payé, si du moins sa créance est exigible. — Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables lorsque la possession a commencé par un acte illicite ».

(2) Planck, sous le § 273-1-b, II, p. 45.

272. Mais si la réunion de ces deux conditions rend plus certaine l'existence du droit de rétention, elle n'est pas nécessaire cependant pour que ce droit puisse être invoqué dans une hypothèse déterminée. C'est ainsi que dans les cas qui rentrent réellement et exclusivement dans le domaine de l'article 273, al. 2, une seule condition est exigée : il faut que la créance du rétenteur soit connexe avec l'objet à restituer, parce qu'elle est née à l'occasion de cet objet ou par le fait de cet objet. L'hypothèse la plus pratique est celle où, à raison d'impenses faites par lui à propos de la chose, on permet au possesseur de cette chose d'opposer un droit de rétention à la demande en restitution du propriétaire (art. 1000 C. civ. allemand). On peut supposer également que, comme le prévoit l'article 833 du même code, par le fait d'un animal, un homme est tué, ou que le corps ou la santé de cet homme reçoivent une atteinte : la personne lésée peut alors, si elle a l'animal en sa possession, le retenir jusqu'à ce que le propriétaire de l'animal ait réparé le dommage que cet animal a causé.

Le droit de retenir la chose est refusé à celui qui a l'objet en sa possession par suite d'un fait illicite commis intentionnellement, comme par exemple un vol.

273. Ce droit de rétention reconnu par l'alinéa 2 de l'article 273, comment va-t-il fonctionner ? C'est l'article 274 qui répond à cette question.

« A l'encontre de l'action du créancier, la mise en œuvre du droit de rétention produit uniquement cet effet que le débiteur doit être condamné à fournir la prestation contre réception de la prestation qui lui revient (exécution trait pour trait).

» Sur le fondement d'une condamnation de cette nature, le créancier peut, sans effectuer la prestation qui lui incombe,

poursuivre sa prétention par voie d'exécution forcée, lorsque le débiteur est en demeure d'accepter ».

Le droit de rétention est donc mis en œuvre au moyen d'une exception ⁽¹⁾ opposée par le débiteur à la demande du créancier. Mais cette exception, au lieu d'empêcher la condamnation, en modifie simplement le contenu. Au lieu d'être condamné à exécuter purement et simplement, le débiteur ne sera condamné à exécuter que contre exécution de ce qui lui est dû, comme au cas de contrat synallagmatique (art. 322 C. civ. all.) ⁽²⁾. Planck fait remarquer que, dans la pratique, la simultanéité exacte des prestations est souvent impossible. Aussi, lorsque les parties se défient l'une de l'autre, il peut devenir nécessaire qu'un tiers intervienne, sorte de séquestre conventionnel, qui servira d'intermédiaire de façon à assurer aussi exactement que possible la simultanéité des prestations ⁽³⁾.

La partie à qui le droit de rétention a été opposé doit, dès lors, pour faire exécuter le jugement qu'elle a obtenu, faire des offres au débiteur; et ce dernier, s'il n'offre pas de son côté la restitution de la chose qu'il détient, est, aux termes de l'article 298 du code civil allemand, constitué en demeure, alors même qu'il se déclarerait prêt à accepter ce qui lui est offert. Et, en vertu de l'article 274, alinéa 2, du code civil allemand, le débiteur étant en demeure d'accepter, le créancier peut, sans exécuter lui-même son obligation, poursuivre l'exécution forcée à l'encontre du débiteur, comme si ce dernier avait été condamné purement et simplement.

En résumé, celui qui oppose le droit de rétention ne sera forcé de restituer la chose détenue qu'après avoir reçu tout

⁽¹⁾ Ce n'est autre que l'*exceptio doli*. — Cf. Windscheid, *Pand.*, § 351, note 7.

⁽²⁾ V. *supra*, n. 186.

⁽³⁾ Planck, *B. G. B.*, sous les §§ 273 et 274, II, p. 44 et suiv.

au moins l'offre de ce que son adversaire lui doit, mais s'il n'offre pas de son côté de restituer la chose et se laisse ainsi constituer en demeure, on ne tient plus compte de son droit et le jugement obtenu par son créancier s'exécute purement et simplement ⁽¹⁾.

274. Le droit de rétention prévu par l'alinéa 2 de l'article 273 du code civil allemand peut être écarté par le créancier à qui il est opposé quand celui-ci offre au rétenteur une sûreté (art. 273, al. 3). Mais cette sûreté doit constituer une garantie réelle. Aussi une caution est-elle exclue parce qu'elle n'est qu'une garantie personnelle ⁽²⁾.

275. Le code civil allemand, s'il décrit avec précision le fonctionnement et le rôle du droit de rétention, ne s'explique pas nettement sur certains de ses caractères qui sont d'une importance considérable : l'indivisibilité et l'opposabilité aux tiers.

Pour ce qui est de l'indivisibilité, on peut sans doute s'en référer à l'article 320 et dire qu'en principe le droit de rétention peut être exercé sur la totalité de la chose détenue jusqu'au paiement intégral, par le propriétaire de la chose, de ce qu'il doit au rétenteur. Mais nous ne croyons pas que l'article 320, al. 2, tel du moins que nous l'avons compris, pourrait être appliqué au droit de rétention proprement dit. C'est un tempérament équitable admis par la loi en matière de contrat synallagmatique et qui ne doit pas être étendu au droit de rétention pour impenses, auquel il s'appliquerait d'ailleurs difficilement ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Planck, *B. G. B.*, sous le § 274, p. 46; Saleilles, *C. civ. ann.*, sous l'art. 274, p. 393.

⁽²⁾ V. *supra*, n. 175-C. L'article 301 du code civil japonais contient une disposition analogue, mais ses termes sont moins précis que ceux qu'emploie le législateur allemand. Il parle seulement, en effet, « d'une garantie convenable ».

⁽³⁾ V. *supra*, n. 182 et suiv. Le législateur japonais décide, dans l'article 296,

Quant à la question de savoir si et dans quelle mesure le droit de rétention est opposable aux tiers, elle n'a pas été tranchée par les législations étrangères plus que par la législation française sous forme d'un principe général.

§ II.

276. La distinction entre les deux hypothèses réelle et contractuelle de rétention peut être, comme en Allemagne, admise en France. En Allemagne, elle présente un intérêt pratique relativement considérable ⁽¹⁾. Chez nous également, elle ne satisfait pas seulement un besoin formel de classification et de méthode, mais elle supprime toutes les discussions relatives à l'étendue d'application du droit de rétention.

277. Pour ce qui est notamment du droit de rétention proprement dit, dont nous nous occupons actuellement, il faut et il suffit, pour qu'il existe, qu'il y ait connexité étroite entre la créance du rétenteur et la chose retenue, un *debitum cum re junctum*. Et cette condition se trouve réalisée quand la créance que le rétenteur fait valoir est née à raison de dépenses par lui faites à l'occasion de la chose détenue ou d'un dommage que cette chose lui a causé.

Qu'on ne dise pas que le législateur français n'a pas reconnu de façon générale et explicite l'existence d'un droit de rétention en matière réelle et que, pour cette raison, on ne peut l'invoquer en dehors des cas particuliers prévus par la loi. Le droit de rétention n'est qu'une forme de l'exception de dol qui domine encore les législations d'origine latine.

que le rétenteur peut exercer son droit sur la totalité de la chose retenue jusqu'à ce qu'il soit intégralement payé.

(1) V. *supra*, n. 175.

« On peut dire qu'en France, écrit M. Planiol, toutes les actions sont de bonne foi. Par conséquent l'exception de dol subsiste encore dans la revendication avec son ancien effet, et quiconque a le droit de reprendre son bien aux mains d'autrui ne peut l'obtenir qu'à condition de payer ce qu'il doit à raison de ce même bien » ⁽¹⁾. Si le droit de rétention est accordé au détenteur de la chose quand le propriétaire de cette chose la réclame sans offrir de payer au rétenteur la créance née au profit de ce dernier par suite d'impenses faites, par exemple, pour la conservation de la chose, c'est qu'alors le propriétaire revendique plus que la chose; « n'est-il pas conforme à la plus stricte équité qu'il ne puisse entrer en possession du tout sans fournir la contre-valeur du bénéfice qu'il réalise? » ⁽²⁾.

Le droit de rétention donne ainsi entière satisfaction à l'équité. Du moment que le détenteur de la chose aura établi qu'il existe à son profit à l'encontre du revendeur une créance née à l'occasion ou par le fait de la chose, il aura le droit de retenir cette chose tant que le propriétaire ne lui aura pas offert le paiement de la créance. Le droit de rétention aura donc pour résultat l'exécution simultanée des deux obligations qui se font face, obligation à fin de restitution d'une part et à fin de dédommagement de l'autre.

278. Le droit de rétention est indivisible ⁽³⁾, en ce sens que

⁽¹⁾ Planiol, *Traité élém.*, II, n. 2523.

⁽²⁾ Ferron, note précitée, S., 01. 1. 194, col. 1.

⁽³⁾ Les raisons que nous avons données dans notre 1^{re} partie pour justifier les caractères d'indivisibilité et d'opposabilité aux tiers de l'exception de refus de paiement militent également pour faire reconnaître ces caractères au droit de rétention. Cependant, au contraire de ce que nous avons soutenu pour l'exception de refus de paiement, nous ne croyons pas, pour des raisons pratiques, qu'en matière réelle le rétenteur puisse être obligé de restituer une partie de la chose qu'il détient, correspondant à la fraction déjà reçue par lui de l'indemnité à laquelle il a droit.

le rétenteur peut retenir la chose tout entière même s'il a déjà été partiellement désintéressé par le propriétaire de cette chose. Ce droit a pour but d'assurer au rétenteur le paiement intégral de sa créance. « Le droit de rétention étant fondé sur l'équité, dit Guillouard, il serait aussi injuste que le débiteur pût reprendre sa chose après avoir payé partiellement sa dette que s'il n'avait rien payé du tout » ⁽¹⁾.

279. Le droit de rétention, et c'est un des plus grands avantages qu'il procure, est également opposable aux tiers, c'est-à-dire aux ayants cause du propriétaire de la chose détenue.

Parmi ces ayants cause se trouvent de façon certaine les acquéreurs de la propriété de la chose retenue et les créanciers chirographaires du revendeur. Ceux-ci sont dans la même situation que leur auteur, car ils ne peuvent faire valoir que les droits de ce dernier. Sans doute il leur reste la possibilité de faire vendre la chose, mais l'acheteur ne pourra non plus acquérir plus de droits que le propriétaire n'en a lui-même.

La question devient plus délicate quand c'est avec des créanciers hypothécaires ou privilégiés que le rétenteur se trouve en conflit.

Certains auteurs ont proposé de rendre le droit de rétention opposable de façon absolue à tous les créanciers privilégiés ou hypothécaires, même à ceux dont le droit serait antérieur au droit du rétenteur ⁽²⁾.

Mais on a fait remarquer que l'article 2091 déclare le droit de l'antichrésiste non opposable aux créanciers hypothécaires

⁽¹⁾ Guillouard, *Rét.*, n. 26; M. de Loyne justifie le caractère d'indivisibilité du droit de rétention au moyen d'un argument d'analogie tiré de la règle édictée par la loi en matière de gage et d'antichrèse (*Priv. et hyp.*, I, n. 244).

⁽²⁾ Cabrye, *Rét.*, n. 82; Moulon, *Exam. crit.*, II, n. 221.

ou privilégiés antérieurs à la remise de la chose, et qu'il était peu logique de donner plus d'étendue au droit des autres rétenteurs.

Aussi la plupart des auteurs proposent-ils de distinguer entre les meubles et les immeubles.

S'agit-il de meubles? Le rétenteur peut opposer son droit à tous les créanciers du propriétaire de la chose détenue, voire même aux créanciers privilégiés dont le droit aurait pris naissance avant l'apparition du droit de rétention. L'art. 2279 donne en effet à la possession en matière mobilière une importance capitale. Par le fait qu'il est possesseur, le rétenteur peut écarter tout individu prétendant avoir un droit sur la chose détenue.

S'agit-il d'immeubles? La possession n'a plus la même importance. L'art. 2091 n'est d'ailleurs qu'une application particulière d'un principe plus général que le législateur a tacitement admis « celui en vertu duquel le propriétaire d'un immeuble ne peut plus porter atteinte aux droits réels qui le grèvent pourvu que, légalement constitués, ils aient été régulièrement conservés ». Aussi le rétenteur ne peut-il écarter un créancier hypothécaire ou privilégié dont le droit est antérieur au sien ⁽¹⁾.

280. Le droit de rétention est un simple moyen de défense : il n'est pas un droit réel et n'engendre aucun droit de suite.

Il disparaît dès que celui qui peut l'invoquer y a renoncé expressément ou même involontairement. Il constitue en effet un avantage suffisamment considérable pour le rétenteur. Celui-ci jouirait d'une situation réellement trop avantageuse

(1) V. sur tous ces points Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n. 247 à 250. — Aubry et Rau, 5^e édit., III, p. 119, § 256 *bis*. On doit mettre sur le même pied les créanciers privilégiés et hypothécaires. La solution qui tendrait à rendre le droit de rétention opposable dans tous les cas aux créanciers privilégiés (Glasson, *Rét.*, p. 105 et 107) serait contraire à la pensée du législateur exprimée dans l'art. 2095.

s'il lui était permis de répéter la chose dont il a par négligence ou par erreur abandonné la possession, pour forcer son adversaire à exécuter trait pour trait son obligation à fin d'indemnité. En définitive, en restituant la chose, le rétenteur a exécuté une obligation qui lui incombait. Tant pis pour lui si c'est par ignorance ou par incurie qu'il a omis d'invoquer en sa faveur le droit de rétention. Considérer d'ailleurs une chose que l'on détient appartenant à un individu que l'on prétend être son débiteur, comme gage de l'exécution, par ce dernier, de l'obligation qui lui incombe, est un sentiment tellement inné dans la conscience populaire, qu'il est peu à craindre qu'on oublie souvent de se prévaloir du droit de rétention.

Sans doute, si l'abandon du droit de rétention est dû à des manœuvres dolosives ou à des violences exercées à l'encontre du rétenteur, il faut décider que celui-ci peut ressaisir la chose à lui enlevée, entre les mains de l'auteur de la dépossession violente ou frauduleuse, au moyen de la saisie-revendication ou de la réintégrande selon que la chose est mobilière ou immobilière ⁽¹⁾. Une société civilisée ne peut tolérer de violences exercées au mépris d'un droit reconnu. La violence ne saurait être permise que si c'est le rétenteur qui l'opposait à celle employée par le revendiquant pour reprendre sa chose. Dans ce cas, en effet, le rétenteur se trouve en état de légitime défense, puisque son droit incontestable est directement menacé ⁽²⁾.

(1) Aubry et Rau, 5^e édit., II, p. 253, § 189.

(2) Aubry et Rau, 4^e édit., VIII, p. 117, § 745.

CHAPITRE II

APPLICATIONS PARTICULIÈRES EN DROIT FRANÇAIS, DU DROIT DE RÉTENTION EN MATIÈRE RÉELLE

281. Le législateur français n'a guère prévu que deux hypothèses de rétention en matière réelle : ce sont les articles 570 et 867.

282. L'article 570 vise le cas où un artisan ou une personne quelconque a employé une matière appartenant à autrui, à former une chose d'une espèce nouvelle. Il y a, grâce au travail fourni, une valeur incorporée à la chose. Le propriétaire de la matière ne peut s'enrichir au détriment de l'ouvrier. Aussi le code déclare-t-il que ce propriétaire a bien le droit de réclamer la chose ouvrée, mais à condition de rembourser le prix de la main d'œuvre. Sans doute la loi ne parle pas expressément de rétention, mais si le mot n'y est pas la chose y est. Par le fait que l'obligation d'indemniser et celle de restituer doivent s'exécuter simultanément, le spécificateur peut retenir la chose jusqu'à ce que le propriétaire lui ait offert de lui payer ce qu'il lui doit.

283. L'article 867 s'occupe du co-héritier obligé de rapporter un immeuble à la succession. Une indemnité peut lui être due pour les impenses qu'il a faites au sujet de l'immeuble.

Les impenses nécessaires, c'est-à-dire celles sans lesquelles la chose aurait péri ou se serait fortement détériorée doivent

lui être intégralement remboursées (art. 862). Cependant on admet que le donataire n'aurait pas droit au remboursement de ses impenses nécessaires quand ce sont des dépenses d'entretien, parce qu'elles sont une charge des fruits dont il profite ⁽¹⁾.

Les impenses utiles, c'est-à-dire celles qui donnent une plus-value à l'immeuble, ne doivent être remboursées au donataire que jusqu'à concurrence de cette plus-value (art. 861). La plus-value doit se calculer sur l'ensemble de l'immeuble et être établie au moment du partage ⁽²⁾.

On s'est demandé ce que le donataire pourrait réclamer quand la plus-value serait supérieure à l'impense. Pour lui accorder le droit à la plus-value, on peut faire remarquer « que le donataire étant exposé à subir une perte quand il crée une plus-value inférieure à son impense, il semblerait bien juste que, par compensation, il courût la chance de gagner quand il a la bonne fortune de créer une plus-value supérieure » ⁽³⁾. Cependant la plupart des auteurs ne lui accordent que le remboursement de l'impense parce que tout ce qu'il peut exiger c'est que la succession ne s'enrichisse pas à ses dépens ⁽⁴⁾.

Quant aux dépenses voluptuaires ⁽⁵⁾ (celles qui sont de pur agrément), le donataire ne peut aucunement s'en faire rem-

⁽¹⁾ Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Succ.*, III, n. 2848.

⁽²⁾ Notamment Demolombe, XVI, n. 499; Laurent, XI, n. 16; Aubry et Rau, 4^e édit., VI, p. 652, § 634, note 23; Planiol, III, n. 2284; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Succ.*, III, n. 2849.

⁽³⁾ Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Succ.*, III, n. 2851.

⁽⁴⁾ Demolombe, XVI, n. 495; Hue, V, n. 383; Planiol, III, n. 2282. — Cass., 22 juin 1887, D., 87. 1. 305.

⁽⁵⁾ Nous conserverons cette distinction des impenses en trois catégories parce qu'elle est communément employée. Cependant, au point de vue de l'équité, il semble bien que la seule question que l'on doit se poser est celle de savoir si les impenses faites, quelles qu'elles soient, ont procuré à l'immeuble une plus-value.

bourser. Tout au plus pourrait-il reprendre ce qui peut être enlevé sans préjudice pour l'immeuble (1).

Pour se faire restituer les impenses dont il peut exiger le remboursement, le co-héritier a, en vertu de l'article 867, le droit de retenir, à l'encontre de ses co-héritiers, la possession de l'immeuble dont il doit le rapport. Il peut user de cette rétention jusqu'au remboursement effectif des sommes qui lui sont dues. La disposition de l'article 867 n'est qu'une application du principe général que nous avons admis. La loi accorde un droit de rétention au co-héritier parce qu'il y a connexité entre la chose retenue par ce co-héritier et la créance qu'il fait valoir, les impenses ayant été faites à l'occasion de l'immeuble objet du rapport.

284. En dehors des cas prévus par la loi, la doctrine et la jurisprudence françaises ont eu à se demander si le droit de rétention ne peut fonctionner dans certaines hypothèses particulières.

285. La plus pratique et la plus discutée de ces hypothèses est celle où un possesseur a fait des impenses sur le terrain d'autrui.

Cette question était déjà connue en droit romain. Dans cette législation, le remboursement des impenses n'était pas accordé aussi largement au possesseur de mauvaise foi qu'au possesseur de bonne foi. Celui-ci pouvait réclamer ses impenses nécessaires, ses frais ou la plus-value donnée à l'immeuble par ses impenses utiles, mais il n'avait pour les impenses voluptuaires que le droit d'en enlever le produit en tant qu'il s'y prêtait.

Le possesseur de mauvaise foi (le voleur excepté) avait fini

(1) Le donataire n'a pas droit au remboursement des impenses si l'immeuble périt par cas fortuit avant l'ouverture ou même après l'ouverture de la succession. Demolombe, XVI, n. 500; Laurent, XI, n. 22.

par pouvoir réclamer le montant de ses impenses nécessaires, et par avoir le *jus tollendi* pour les autres impenses.

Mais ni l'un ni l'autre possesseur ne pouvait faire valoir son droit à indemnité au moyen d'une action. Il leur était seulement permis de retenir la chose jusqu'à ce qu'ils eussent été remboursés de leurs impenses, dans la limite de leur droit, en opposant au propriétaire revendiquant l'exception de dol. Il est probable que cette exception entraînait l'absolution du défendeur ⁽¹⁾.

Dans notre ancien droit, les Ordonnances de août 1539 (art. 97), de février 1566 (art. 52) et d'avril 1667 (tit. XXVII, art. 9) permettaient à celui qui avait été condamné à délaisser la possession d'un immeuble, mais à qui on avait reconnu le droit de se faire rembourser les impenses faites sur l'immeuble, de retenir cet immeuble jusqu'au moment où il aurait été indemnisé par le propriétaire.

Les Ordonnances ne distinguaient pas entre le possesseur de bonne ou de mauvaise foi, mais tout le monde s'accordait pour reconnaître à l'un et à l'autre le droit au remboursement des impenses nécessaires. Le possesseur de bonne foi pouvait certainement réclamer le montant de la plus-value procurée à l'immeuble par ses impenses utiles ⁽²⁾. Mais la question restait douteuse pour le possesseur de mauvaise foi. Coquille semble bien lui accorder le droit à indemnité ⁽³⁾, mais il est probable que son opinion n'était pas celle de la majorité. Pothier, lui, voyait ici une question de fait dont il laissait la décision à « la prudence du juge » ⁽⁴⁾.

En ce qui concerne les dépenses voluptuaires, le possesseur n'avait que le *jus tollendi*.

(1) Sur tous ces points V. Girard, *Man.*, p. 340, note 3.

(2) Pothier, *Domaine de propriété*, n. 347.

(3) Coquille (quest. n. 198, édit. Bordeaux, 1703).

(4) Pothier, *Domaine de propriété*, n. 350, p. 557.

Le code civil ne s'étant pas préoccupé de la question, les interprètes se sont demandé si et dans quelles conditions on devait accorder au possesseur le droit de rétention pour impenses faites sur le terrain d'autrui.

Les auteurs ⁽¹⁾ qui ne veulent pas admettre l'existence du droit de rétention en dehors d'un texte formel refusent ce droit à tout possesseur.

Il en est de même de ceux qui exigent, outre la condition d'un *debitum cum re junctum*, une communauté d'origine entre les deux obligations réciproques ⁽²⁾.

Les auteurs au contraire qui se contentent d'un *debitum cum re junctum* reconnaissent au possesseur un droit de rétention. Mais ici encore s'opère une division.

Les uns, et avec eux la jurisprudence, n'accordent le droit de rétention qu'au possesseur de bonne foi. La jurisprudence, sans avoir jamais expressément refusé ce droit au possesseur de mauvaise foi, le lui dénie implicitement ⁽³⁾.

D'autres mettent les deux sortes de possesseurs sur la même ligne quand il s'agit d'impenses nécessaires ou simplement utiles ⁽⁴⁾.

D'ailleurs, il faut bien le dire, les opinions en présence ne demeurent pas toujours dans une opposition aussi tranchée.

⁽¹⁾ Laurent, VI, n. 181, XXIX, n. 298.

⁽²⁾ Aubry et Rau, 5^e édit., III, p. 193, § 256 *bis*; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n. 239.

⁽³⁾ Not. Tarrille, *Rép. de Merlin*, v^o *Priv. de cr.*, IV, § 5, n. 2; Toullier, III, n. 130; Troplong, *Priv. et hyp*, I, n. 260 et suiv. — Pour la jur., not. Pau, 9 août 1837, D., 38. 2. 183, S., 38. 2. 350. — Bastia, 9 juillet 1856, D., 56. 2. 262, S., 56. 2. 404. — Rouen, 18 décembre 1856, D., 57. 2. 109, S., 57. 2. 558. — Cass. req., 22 décembre 1873, D., 74. 1. 241, S., 74. 1. 72. — Douai, 12 janvier 1891, D., 91. 2. 221.

⁽⁴⁾ Demolombe, *Dist. des biens*, I, n. 682; Glasson, th., p. 131; Colmet de Santerre, IX, 5 *bis* (IV); Guillovard, *Rét.*, n. 75; Planiol, II, n. 2524; Ferron, note dans S., Ol. 1. 194.

C'est ainsi que Demolombe, qui accorde le droit de rétention au possesseur de mauvaise foi, tout en reconnaissant que « les deux obligations ne sont pas nées pour l'une et l'autre partie d'une origine commune et d'un même fait », admet « qu'il appartiendra aux magistrats d'ordonner que le possesseur délaissera l'immeuble, même avant d'avoir reçu le paiement de ses indemnités » (1). MM. Aubry et Rau, de leur côté, qui, logiques avec leur théorie, dénie au possesseur de bonne foi lui-même tout droit de rétention, permettent au juge, « si le propriétaire de l'immeuble à délaisser ne présente pas de garanties suffisantes de solvabilité, de subordonner l'exécution de la condamnation en délaissement au paiement des sommes qui lui seraient dues » (2).

Quant à nous, nous pensons que quelle que soit la qualité de celui qui possède l'immeuble d'autrui, on doit lui accorder le droit de rétention jusqu'à ce que le propriétaire lui ait payé, dans la mesure où il peut les réclamer, les impenses qu'il a faites sur l'immeuble revendiqué.

Qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi, le possesseur qui fait sur un immeuble des impenses nécessaires ou utiles procure un enrichissement au propriétaire de cet immeuble. Ce dernier doit dans tous les cas rembourser à qui en est la cause le montant de cet enrichissement. Le législateur lui-même ne distingue pas entre la bonne et la mauvaise foi du possesseur pour accorder ou refuser le remboursement des impenses utiles ou nécessaires (cf. art. 1381).

Or, du moment qu'une disposition législative contraire ne vient pas enlever au possesseur de mauvaise foi le droit de rétention, pourquoi l'empêcher d'en user? Sa créance à fin d'indemnité est née à propos de la chose qu'il doit restituer.

(1) Demolombe, *Dist. des biens*, I, n. 682.

(2) Aubry et Rau, 5^e édit., p. 193, III, § 256 bis.

Il y a connexité étroite entre la chose et la créance. La condition que nous croyons nécessaire et suffisante pour justifier l'existence du droit de rétention se trouve ainsi réalisée. L'équité commande dans tous les cas, avec autant de force, que, pour le montant de l'enrichissement qu'il a procuré au propriétaire, le possesseur échappe à l'insolvabilité de son débiteur et soit intégralement indemnisé. Le droit de rétention n'a d'autre but qu'empêcher le propriétaire de réclamer plus que sa chose, et nous ne voyons pas quels principes les tribunaux pourraient bien invoquer pour priver le possesseur de mauvaise foi de cette garantie.

286. De nombreuses discussions sont nées également à propos du tiers détenteur qui a délaissé l'immeuble hypothéqué ou sur lequel il a été exproprié. L'article 2175 lui donne le droit de répéter ses impenses et améliorations mais seulement à concurrence de la plus-value. Il serait en effet contraire à l'équité que les créanciers s'enrichissent aux dépens du tiers détenteur. Cependant celui-ci ne peut réclamer que la plus-value si elle est inférieure à la dépense faite, ou que la dépense si la plus-value se trouve supérieure à cette dépense ⁽¹⁾.

Il paraît certain que la loi ne vise expressément, en parlant de plus-value, que les dépenses utiles. Aussi, pour ce qui est des impenses nécessaires, il nous semble qu'il faut décider, contrairement à ce que prétendent certains auteurs ⁽²⁾, que le tiers détenteur doit en être intégralement indemnisé. D'ailleurs en matière d'impenses nécessaires, la plus-value n'est-elle pas égale à la valeur totale du bâtiment ou de la portion de bâtiment qui aurait péri si la dépense n'avait pas

(1) Aubry et Rau, § 287-4^o, III, 4^e édit., p. 451 ; Baudry-Lacantinerie et de Loy-
nes, III, n. 2206 ; Planiol, II, n. 3259.

(2) Notamment Troplong, *Priv. et hyp.*, III, n. 838 bis.

été faite? En remboursant au tiers le montant intégral de ces impenses, les créanciers réaliseront encore la plupart du temps un bénéfice considérable.

Pour la garantie du remboursement de sa créance par les créanciers hypothécaires, le droit romain accordait au tiers détenteur un droit de rétention (L. 29, § 2, D., XX, 1).

Beaucoup d'auteurs lui refusent ce droit sous l'empire de notre législation. Cette opinion est surtout soutenue par ceux qui exigent à la fois une communauté d'origine entre les deux obligations qui se font face et un *debitum cum re junctum* pour admettre dans une hypothèse donnée l'existence du droit de rétention ⁽¹⁾. Il est vrai de dire que ces auteurs garantissent au tiers détenteur le paiement de l'indemnité à laquelle il a droit « soit par l'insertion dans le cahier des charges d'une clause imposant à l'adjudicataire l'obligation de payer en sus ou en déduction de son prix la somme due au tiers détenteur, soit par la distraction de cette somme du prix d'adjudication » ⁽²⁾.

Nous pensons que le tiers détenteur peut se prévaloir du droit de rétention. Nous pouvons d'abord invoquer en notre faveur l'autorité de Pothier, qui écrit : « Le tiers détenteur peut opposer par exception, contre l'action hypothécaire, qu'il a fait des impenses nécessaires à l'héritage hypothéqué, et qu'il ne peut être contraint à délaisser qu'il ne soit remboursé desdites impenses » ⁽³⁾. D'ailleurs l'exception de dol joue ici, contre l'action hypothécaire, pour assurer le paiement des impenses faites, le même rôle que contre l'action en revendication. Le tiers détenteur a fait sur l'immeuble

⁽¹⁾ Aubry et Rau, III, § 256 *bis* (4^e édit., p. 117) et § 287-4^o (4^e édit., p. 452); Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n. 2207.

⁽²⁾ Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n. 2209. — Cass., 14 nov. 1881, D., 82. 1. 168.

⁽³⁾ Pothier, *Hyp.*, chap. II, sect. I, § IV, p. 217.

des impenses, il a incorporé une valeur à la chose. Il y a étroite connexité entre cette chose et la créance : l'existence du droit de rétention se trouve justifiée d'après les principes généraux que nous avons admis. L'exercice de l'action hypothécaire n'est pas à cet égard plus respectable que celui de l'action en revendication.

On ne peut nous reprocher de rendre ainsi le droit de rétention opposable à des tiers qui ont acquis avant sa naissance des droits réels sur l'immeuble retenu, car il ressort bien de l'article 2175 que les débiteurs de l'indemnité sont les créanciers hypothécaires eux-mêmes; c'est directement contre ceux-ci qu'est né le droit de rétention.

287. L'usufruitier est également un possesseur. Dans certains cas, il peut exercer à l'encontre du nu-propriétaire une action en vue d'obtenir le remboursement des sommes par lui avancées.

C'est ainsi qu'il peut réclamer au propriétaire les sommes dont il aurait fait l'avance dans les conditions des articles 609 et 612. Il peut demander également, comme le lui permet l'opinion dominante en doctrine et en jurisprudence, une indemnité au propriétaire pour les grosses réparations qu'il a fait exécuter et qu'il a payées ⁽¹⁾ : l'usufruitier a ainsi rendu service au nu-propriétaire, tout en sauvegardant ses intérêts. Il est juste qu'on lui accorde un recours contre ce nu-propriétaire dans la mesure de l'enrichissement procuré à ce dernier.

Certains auteurs refusent à l'usufruitier le droit de retenir la chose à propos de laquelle il a fait des impenses, jusqu'à ce qu'il soit remboursé de ces impenses, parce que les obligations réciproques des parties n'ont pas une commune ori-

⁽¹⁾ Aubry et Rau, § 235, II (4^e édit., p. 522; 5^e édit., II, p. 736); Demolombe, X, n. 591; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 685.

gine ⁽¹⁾. Nous admettons l'opinion contraire ; il y a une valeur incorporée par l'usufruitier à la chose qu'il doit rendre, un *debitum cum re junctum* ; l'usufruitier a donc le droit de retenir la chose jusqu'au moment où il sera remboursé des impenses qu'il a faites sur cette chose dans la mesure où elles ont profité au nu propriétaire ⁽²⁾.

288. Nous n'examinerons plus qu'une hypothèse où fonctionne le droit de rétention proprement dit ; c'est celle qui concerne l'héritier apparent ou son cessionnaire condamné à restituer l'hérédité. Cette restitution doit être faite en nature pour les objets que le possesseur détient encore. Si ce dernier a fait des impenses à propos de ces objets, peut-il les récupérer au moyen du droit de rétention ?

Nous croyons qu'il faut raisonner pour la pétition d'hérédité comme pour l'action en revendication. Du moment qu'il a fait des impenses qui ont amélioré l'hérédité, ou qui l'ont empêché de dépérir, le possesseur de bonne ou de mauvaise foi a, par là même, enrichi le véritable héritier. Il a incorporé une valeur à la chose qu'il doit rendre ; le propriétaire de cette chose ne peut en prendre possession qu'en restituant à l'héritier apparent ce dont celui-ci l'a enrichi. Les deux obligations à fin de restitution et à fin d'indemnité doivent simultanément s'exécuter parce qu'elles sont connexes entre elles.

289. Tels sont les cas les plus connus dans la pratique où fonctionne le droit de rétention. Mais cette liste n'est certainement pas close ; grâce au principe très général que nous avons posé, on pourra admettre l'existence du droit de rétention aussi largement et toutes les fois que l'exigera l'équité, sans permettre pour cela à un créancier de se faire arbitrairement justice à lui-même.

⁽¹⁾ Aubry et Rau, 5^e édit., III, p. 192, § 256 *bis* ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n. 241.

⁽²⁾ Guillouard, *Rét.*, n. 78.

CONCLUSION

290. Au cours de l'étude que nous venons de faire, nous nous sommes attaché autant que possible à mettre constamment face à face la législation romaine et les différentes législations qui en sont issues. Nous avons surtout comparé le droit civil français, tel que la doctrine et la jurisprudence l'ont élaboré au cours du xix^e siècle, et le droit civil allemand préparé pour la codification par le travail plusieurs fois séculaire des Pandectistes, qui ne considéraient pour la plupart, « selon le programme de Ihering, le droit romain que comme une transition vers quelque chose de plus élevé » (1).

Cette comparaison constante de deux législations, ce corps à corps perpétuel de leurs principes, est, à notre sens, la meilleure manière de faire du droit comparé, parce qu'elle rend, plus que toute autre, beaucoup plus saisissantes les différences et les ressemblances de deux législations, et qu'elle tend ainsi à constituer « une sorte d'unité de doctrine qui

(1) Crome, *loc. cit.*, p. 605.

domine toutes les législations, et dont celles-ci ne doivent sembler que des dérivés » (1).

Si nous avons emprunté presque exclusivement à la science allemande la notion du droit de rétention, ce n'est pas que nous ayons cédé à l'attrait qui fixe toute l'attention juridique vers un monument législatif récemment édifié, mais parce que, seule, la pensée allemande a donné à des notions sans doute bien naturelles, à des conceptions élaborées spontanément par la collectivité, une forme juridique à peu près définitive.

Aussi avons-nous cru devoir, dans chacune des parties de notre travail, exposer d'abord les dispositions du code allemand relatives au droit de rétention, avant d'étudier la question en droit français.

291. Nous avons essayé de montrer que toutes les difficultés qu'a soulevées en France l'application du droit de rétention seraient supprimées si l'on admettait la distinction bipartite qu'a proposée le législateur de 1896. Pour que le droit de rétention puisse fonctionner dans une hypothèse donnée, il faut et il suffit que les deux obligations qui se font face soient connexes entre elles, parce qu'elles dérivent toutes deux d'une même convention, ou bien parce que la chose qui forme l'objet d'une des obligations a été l'occasion directe de la naissance de l'autre obligation. Nous croyons avoir prouvé par de nombreux exemples que ce criterium est suffisamment large pour donner en toutes occasions satisfaction à l'équité, et suffisamment précis pour empêcher le droit de rétention de dégénérer en une véritable saisie privée.

292. Nous avons consacré la plus grande partie de notre travail à l'exception de refus de paiement parce que cette

(1) Saleilles, Contribution à l'étude des méthodes juridiques, dans les *Ann. de Dr. comm. franç. étr. et intern.* (ann. 1891), p. 219.

face du droit de rétention nous a paru être la plus importante et la plus intéressante aux points de vue théorique et pratique.

293. La plus délicate et la plus pratique de toutes les questions qui se présentaient à notre examen était, sans conteste, celle relative au droit d'opposer l'*Exceptio non adimpleti contractus* après la livraison et pour vices ou défauts ultérieurement manifestés. Cette question se pose très fréquemment en Allemagne, et le mérite du livre de M. André est justement de contenir, de façon méthodique, une foule de solutions jurisprudentielles rendues sur la matière ⁽¹⁾. Les tribunaux français ne s'en préoccupent guère. Ce n'est pas pourtant que des hypothèses semblables à celles qu'ont à juger les magistrats allemands ne se présentent devant eux. La matière des contrats est certainement la partie la plus cosmopolite du droit, et « sans entrer dans les détails, on peut dire que le droit des contrats et obligations contractuelles est, dans ses grandes lignes, le même dans les deux législations, ce qui va de soi étant donné leur base similaire, celle de l'adaptation des procédés logiques des Romains aux problèmes modernes qui se posent chez deux nations également cultivées » ⁽²⁾.

La question se présente donc chez nous comme en Allemagne, et avec la même fréquence, seulement elle est, chez nous, résolue d'autre manière, parce que l'article 1184 domine dans notre code toute la matière des contrats. Un contrat synallagmatique devient résoluble dès que l'une des parties n'exécute pas son engagement : la résolution est l'arme courante offerte à celui qui a exécuté contre celui qui se refuse à le faire pour ce qui le concerne. Dans ces conditions, « la

⁽¹⁾ André, *op. cit.*, v. surtout p. 79 à 120.

⁽²⁾ Crome, *loc. cit.*, p. 606.

plupart du temps, l'exception opposée par le défendeur à la partie qui demande son paiement sans fournir ce qu'elle doit n'est autre qu'une mise en vigueur du droit de résolution du contrat, et de cette façon on coupe au plus court, tout est fini par là » (1).

En Allemagne, au contraire, dès avant même la promulgation du code civil, la résolution était regardée, en conformité du droit romain, comme un droit exceptionnel. Et d'après l'article 360 du premier projet (la deuxième commission n'a plus reproduit cette disposition parce qu'il lui a semblé oiseux de s'expliquer expressément sur ce point), la résolution n'est pas considérée en principe comme étant de l'essence du contrat synallagmatique; car tant qu'il reste au créancier, poursuivi en paiement sans avoir reçu intégralement la prestation à lui due en vertu d'un contrat synallagmatique, quelque espoir d'obtenir l'exécution du contrat, il ne peut le dénouer, mais il doit se borner à en assurer le maintien et à en amener l'accomplissement grâce à une exception qui n'est autre que l'*Exceptio non adimpleti contractus* (2).

Ainsi s'explique pourquoi les questions relatives à l'*Exceptio non rite adimpleti contractus* sont passées inaperçues en France. Nous avons déjà montré combien cependant l'emploi de cette exception serait, à beaucoup d'égards et dans de nombreuses circonstances, préférable à l'exercice rigoureux et invariable de l'action résolutoire. La jurisprudence redoute d'ailleurs à un tel point les effets désastreux de cette action résolutoire, qu'en matière de ventes commerciales notamment, elle force souvent le créancier à se contenter de l'action en réduction de prix, elle-même peu satisfaisante et bien imparfaite.

(1) Saleilles, *Du refus de paiement, etc.*, n. 9.

(2) Saleilles, *Oblig.*, n. 179 et suiv.; Crome, *loc. cit.*, p. 606 et 607.

Il faut donc souhaiter qu'une pratique désormais constante de nos tribunaux changera à cet égard les habitudes françaises, et que, toutes les fois que le contrat pourra être maintenu, on se contentera d'en amener l'exécution au moyen de l'exception de refus de paiement.

VU : LE PROFESSEUR, PRÉSIDENT DE LA THÈSE :

G. FERRON.

VU : LE DOYEN :

H. MONNIER.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Bordeaux, le 6 novembre 1907.

Le Recteur de l'Académie,

R. THAMIN.

Les visas exigés par les règlements ne sont donnés qu'au point de vue de l'ordre public et des bonnes mœurs (Délibération de la Faculté du 12 août 1879).

BIBLIOGRAPHIE

Traité et monographies.

- ACCARIAS. — Précis de droit romain, 4^e édit., 2 vol. Paris, 1886-1891.
- ANDRÉ. — Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im heutigen gemeinen Recht. Leipzig, 1890.
- AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français, 4^e édit., 8 vol. Paris, 1869-1879, 5^e édit., complétée par Rau, Falcimaigne et Gault, 5 vol. Paris, 1897-1907, sp. 4^e édit., II-IV-VII-VIII; 5^e édit., II-III-V.
- BAHR. — Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 2^e édit., Cassel et Göttingen, 1867.
- BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. — Des obligations, 2^e édit. Paris, 1900-1905, 4 vol.; 3^e édit. Paris, 1906-1907, 2 vol. parus, sp. I et II.
- BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU. — Des biens, 2^e édit. Paris, 1905.
- BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES. — Du nantissement, des privilèges et des hypothèques, 3^e édit., 3 vol. Paris, 1906-1907, sp. I et III.
- BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT. — Vente et échange, 2^e édit. Paris, 1900.
- BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. — Du contrat de louage, 3^e édit., 2 vol. Paris, 1906-1907.
- Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement et de la transaction, 2^e édit. Paris, 1900.
- Des successions, 2^e édit., 3 vol. Paris, 1905, sp. III.
- BRINZ. — Lehrbuch der Pandekten, 2^e édit., 4 vol. Erlangen, 1873-1892, sp. II (2^e partie).
- CABRYE. — Du droit de rétention. Paris, 1860.
- CHARMONT. — Dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1899, p. 65 et suiv.
- CHAUSSÉ. — Singularités de la vente romaine, dans la *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1899, p. 513 et suiv.
- COLMET DE SANTERRE. — V. Demante.
- CORNIL. — L'évolution historique de la vente consensuelle et la loi 50, D., De actionibus empti et venditi, dans la *Nouvelle revue historique*, 1901, p. 136 et suiv.
- CROME. — Similitudes du code civil allemand et du code civil français, dans le livre du centenaire du code civil, publié par la Société des études législatives. Paris, 1904, 2 vol., II, p. 587 et suiv.

- CUQ. — Institutions juridiques des Romains, 1^{re} édit., 2 vol. Paris, 1891-1902. I (2^e édit. 1904).
- DELAMARRE et LE POITEVIN. — Traité théorique et pratique de droit commercial, nouv. édit., 6 vol. Paris, 1861, sp. V.
- DEMANTE. — Cours analytique de code Napoléon, continué par Colmet de Santerre, 9 vol. Paris, 1849-1884, sp. VII et IX.
- DEMOLOMBE. — Cours de code Napoléon, 31 vol. Paris, 1869-1882, sp. IX-X-XVI-XXV.
- DENISART. — Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle, 7^e édit., 4 vol. Paris, 1771, sp. IV.
- DERNBURG. — Pandekten, 3 vol. Berlin, 1885-1889, sp. II.
- DOMAT. — Les lois civiles dans leur ordre naturel, nouv. édit., 2 vol. Paris, 1777, sp. I.
- FENET. — Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, 15 vol. Paris, 1827-1837, sp. III-XV.
- FERRON. — Note dans S., 1901. 1. 193.
- GIRARD. — Manuel élémentaire de droit romain, 3^e édit. Paris, 1901. (4^e édit. 1906).
 — Textes de droit romain, 2^e édit. Paris, 1895. (3^e édit. 1903).
 — L'action auctoritatis, dans la *Nouvelle revue historique*, 1882, p. 180 et suiv.
 — Les stipulations de garantie, dans la *Nouvelle revue historique*, 1883, p. 537 et suiv.
- GLASSON. — Le droit de rétention sous l'empire du code Napoléon. Th. Paris, 1862.
 — Note dans S., 1906. 1. 9.
- GLÜCK. — Ausfürliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld ein Commentar, 49 vol. Erlangen, 1797-1889, sp. XVII.
- GUÉNÉE. — Note dans D., 1904. 1. 601.
- GUILLOUARD. — Traité du nantissement et du droit de rétention. Paris, 1895.
 — Traité de la vente et de l'échange, 2 vol. Paris, 1889-1890, sp. I.
 — Traité du contrat de louage, 2 vol. Paris, 1884-1885, sp. I.
 — Traité du prêt, du dépôt et du séquestre. Paris, 1892.
 — Traité des contrats aléatoires et du mandat. Paris, 1894.
- HUC. — Commentaire théorique et pratique du Code civil, 15 vol. Paris, 1892-1903, sp. V-VII-X.
- IHERING. — Du rôle de la volonté dans la possession, dans les études complémentaires de l'esprit du droit commun, III (traduction Meulenaere). Paris, 1891.
 — L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement (traduction Meulenaere), 4 vol. Paris, 1877-1878, sp. IV.
- KAHANE. — Dans Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart, 1892, p. 246 et suiv.
- KARLOWA. — De natura alique συναλλαγματος quod emptioni venditioni ceterisque obligationibus mutuis inesse dicitur. Bonn, 1862.
- KELLER. — Noch etwas über die Exceptiones non impleti und non rite adimpleti contractus, dans Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, IV, 1860, p. 327 et suiv.

- KIPP. — V. Windscheid.
- LABOURET. — Des honoraires des avocats. Th. Lille, 1906.
- LAROMBIÈRE. — Théorie et pratique des obligations, 7 vol. Nouv. édit., Paris, 1885, sp. III.
- LAURENT. — Principes de droit civil français, 2^e édit., 33 vol. Bruxelles-Paris, 1869-1878, sp. VI-XI-XVII-XXIV-XXVII-XXIX.
- LOCRE. — Législation civile, commerciale et criminelle de la France. Paris, 1827-1832, 31 vol., sp. XVI.
- LYON-CAEN et RENAULT. — Droit commercial, 2^e édit., 8 vol. Paris, 1889-1899, sp. III-V-VIII.
- LYON-CAEN. — Jurisprudence en matière de droit maritime et de droit industriel, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1885, p. 407 et suiv.
- MERLIN. — Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, 5^e édit., 18 vol. Paris, 1827, sp. XIII.
- MOISSENET. — Etude sur le droit de suite en matière de privilèges mobiliers. Th. Dijon, 1901.
- MOMMSEN. — Die Romische Anfänge von Kauf und Miethe [dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (partie romaine), 1885, p. 260 et suiv.].
- MOURLON. — Examen critique et pratique du commentaire de M. Troplong, 2 vol. Paris, 1855, sp. II.
- NICOLAS. — Du droit de rétention légal à Rome et en France. Th. Caen, 1871.
- OLIER. — Etude historique et juridique des cas d'application de la rétention légale. Th. Toulouse, 1894.
- PERNICE. — Marcus Antistius Labeo. Das Romische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, 1^{re} édit., 2 vol. Halle, 1873-1878, sp. I.
- PLANCK. — Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 2^e édit., 7 vol. Paris, 1898-1902, sp. II.
- PLANIOL. — Traité élémentaire de droit civil, 3 vol., 2^e édit. Paris, 1901-1903, 3^e édit., 1904-1905, sp. II.
- Note sous D., 1898. 1. 289.
- Classification synthétique des contrats, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1904, p. 470 et suiv.
- PONT. — Commentaire-traité des petits contrats, 2 vol. Paris, 1863-1867, sp. II.
- POTHIER. — Œuvres complètes (nouv. édit.), 26 vol. Paris, 1821-1824, sp. Traité de la vente, du quasi-contrat *negotiorum gestorum*, de la procédure civile, du prêt à usage, du domaine de propriété.
- RAYNAUD. — L'exception tirée de l'inexécution dans les contrats synallagmatiques. Th. Paris, 1906.
- SALEILLES. — Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand, 2^e édit. Paris, 1901.
- Contribution à l'étude des méthodes juridiques, dans les *Annales de droit commercial français, étranger et international*, 1891, p. 217 et suiv.
- Les théories allemandes sur les droits qui, au cas de contrat synallagma-

- tique, appartiennent à la partie poursuivie en paiement lorsque son adversaire, de son côté, n'exécute pas ses engagements. *Ann. dr. comm.*, 1892, p. 287 et suiv., 1893, p. 24 et suiv., p. 97 et suiv., p. 175 et suiv.
- THALLER. — Des faillites en droit comparé avec une étude sur le règlement des faillites en droit international. Paris, 1887, 2 vol., sp. II.
- TOULLIER. — Le droit civil français, publié et annoté par J.-B. Duvergier, 6^e édit. Paris, 1843, 13 vol., sp. III.
- TROPLONG. — Droit civil expliqué, 27 vol. Paris, 1843-1857, sp. Vente, II; Priv. et hyp., I et III.
- WINDSCHEID. — Lehrbuch des Pandektenrechts, revu par Kipp, 9^e édit., 3 vol. Francfort-sur-le-Mein, 1906, sp. II.

Travaux législatifs, Codes et Textes.

- MOTIVE zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, 2^e édit. Berlin, 1896, 5 vol., sp. II.
- ENTWURF eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Erste Lesung. Berlin, 1888, 1^{er} projet.
- ENTWURF eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Zweite Lesung nach den Beschlüssen der Redaktionskommission. Auf amtliche Veranlassung. Berlin, 1895, 2^e projet.
- ENTWURF eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich und eines zugehörigen Einführungsgesetzes... in der Fassung der Bundesrathsvorlagen. Auf amtliche Veranlassung. Berlin, 1898, 3^e projet.
- ENTWURF eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage. Berlin, 1896, 4^e projet.
- CODE CIVIL ALLEMAND, traduit et annoté, publié par le Comité de législation étrangère, I et II. Paris, 1904, sp. I.
- CODE DE COMMERCE ALLEMAND. — *Loi sur le change et loi sur la faillite* (traduct. Carpentier). Paris, 1901.
- ALLGEMEINES Landrecht für die Preussischen Staaten, édit. Schering, 2 vol. Berlin, 1876 (Code prussien).
- DAS bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen nebst der Gerichtsordnung und anderen Reichs und Landesgesetzen, édit. Francke [2^e]. Leipzig, 1888 (Code saxon).
- ALLGEMEINES bürgerliches Gesetzbuch für den Kanton Aargau. Aarau, 1883 (Code d'Argovie).
- CODE CIVIL DU JAPON, traduit par Motono et Tomii, Loenholm et Adam, 2 vol. Paris, 1898-1902, I.
- CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA ARGENTINA, 5^e édit. Buenos-Ayres, 1888.
- CODE GÉNÉRAL DES BIENS pour la principauté de Monténégro de 1888 (traduction Daresté et Rivière). Paris, 1892.
- CODE FÉDÉRAL SUISSE DES OBLIGATIONS. — Lausanne, 1881.
- INSTITUTES ET DIGESTE, édit. Krueger et Mommsen. Berlin, 1905.
- CODE DE JUSTINIEN, édit. Krueger. Berlin, 1906.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1

PREMIÈRE PARTIE

L'EXCEPTION DE REFUS DE PAIEMENT

TITRE PREMIER

Les théories allemandes relatives à l'*Exceptio non adimpleti contractus*.

CHAPITRE PREMIER. — L' <i>Exceptio non adimpleti contractus</i> proprement dite.	11
Section I. — Le droit romain.	11
Section II. — L' <i>Exceptio non adimpleti contractus</i> dans le droit romain allemand.	22
CHAPITRE II. — L' <i>Exceptio non rite adimpleti contractus</i>	40
Section I. — Le problème.	41
Section II. — La théorie dite de la prohibition	47
Section III. — La théorie dominante.	64
Section IV. — La théorie du paiement apparent.	74
CHAPITRE III. — Caractères et fonctionnement de l' <i>Exceptio non adimpleti contractus</i>	93
APPENDICE. — Omission de l' <i>Exceptio non adimpleti contractus</i> , Répétition du paiement.	102

TITRE II

L'exception de refus de paiement dans le code civil allemand.

CHAPITRE PREMIER. — L'exception de refus de paiement en général	110
CHAPITRE II. — L' <i>Exceptio non adimpleti contractus</i> proprement dite. . . .	116
CHAPITRE III. — L' <i>Exceptio non rite adimpleti contractus</i>	132

TITRE III

I. l'exception de refus de paiement en droit français.

CHAPITRE PREMIER. — Généralités sur l'exception de refus de paiement et sur l' <i>Exceptio non adimpleti contractus</i> en particulier	139
CHAPITRE II. — Caractères et fonctionnement de l'exception de refus de paiement en général et de l' <i>Exceptio non adimpleti contractus</i> en particulier	160
CHAPITRE III. — Applications particulières de l'exception de refus de paiement.	171
<i>Section I.</i> — Les contrats synallagmatiques	171
<i>Section II.</i> — Les contrats imparfaitement synallagmatiques.	186
<i>Section III.</i> — Annulation. Résolution.	197
CHAPITRE IV. — L' <i>Exceptio non rite adimpleti contractus</i> . Ses cas particuliers d'application.	202

DEUXIÈME PARTIE

LE DROIT DE RÉTENTION EN MATIÈRE RÉELLE

CHAPITRE PREMIER. — Généralités sur le droit de rétention en droit allemand et en droit français	215
CHAPITRE II. — Applications particulières du droit de rétention en droit français.	225
CONCLUSION	235
BIBLIOGRAPHIE.	241

